Objectif

DCG

Diplôme de Comptabilité et de Gestion

Épreuve 1

Introduction au Droit

Bernard D'Angelo Véronique Fierens-Vialar

- *Tout le cours en fiches*
- *Le mode d'emploi de l'épreuve*
- *Situations pratiques, commentaires de documents, questions de cours*

hachette
SUPÉRIEUR

Tout sur l'épreuve !

Objectif DCG

Diplôme de Comptabilité et de Gestion

Épreuve 1

Introduction au DROIT

Bernard D'Angelo

Agrégé d'économie et gestion
Professeur en classe préparatoire au DCG
au lycée Georges-Braque à Argenteuil

Véronique Fierens-Vialar

Agrégée d'économie et gestion
Professeur en classe préparatoire au DCG
au lycée Turgot à Paris

hachette
SUPÉRIEUR

Partie 1

Les Fiches

Première partie

Introduction générale au droit

P. 10-11 — Fiche 1 • Introduction : finalités et branches du droit

P. 12-15 — Fiche 2 • Les sources du droit

P. 16-19 — Fiche 3 • La preuve des actes et des faits juridiques

P. 20-23 — Fiche 4 • Les différentes juridictions nationales

P. 24-25 — Fiche 5 • Le procès et les personnels des juridictions

P. 26-27 — Fiche 6 • Les effets du jugement et les voies de recours

P. 28-31 — Fiche 7 • Les règlements amiables : conciliation, transaction, médiation

P. 32-33 — Fiche 8 • Les règlements juridictionnels : l'arbitrage

Deuxième partie

Les personnes et les biens

P. 34-37 — Fiche 9 • Capacité et incapacités juridiques

P. 38-41 — Fiche 10 • Les personnes physiques et morales

P. 42-45 — Fiche 11 • La théorie du patrimoine

P. 46-47 — Fiche 12 • Les sûretés réelles

P. 48-51 — Fiche 13 • Les sûretés personnelles

P. 52-55 — Fiche 14 • Les commerçants, personnes physiques

P. 56-57 — Fiche 15 • Patrimoine et conjoint du commerçant

P. 58-61 — Fiche 16 • Les autres professionnels de la vie des affaires

P. 62-63 — Fiche 17 • La propriété : définition, caractères et acquisition

P. 64-65 — Fiche 18 • L'étendue du droit de propriété

P. 66-69 — Fiche 19 • Le fonds de commerce et la propriété commerciale

P. 70-73 — Fiche 20 • La propriété intellectuelle

P. 74-75 — Fiche 21 • Évolutions et objectifs des lois sur l'entreprise en difficulté

P. 76-77 — Fiche 22 • La prévention des difficultés de l'entreprise

P. 78-81 — Fiche 23 • Les procédures collectives

Troisième partie

L'entreprise et les contrats

P. 82-85 — Fiche 24 • La formation des contrats

P. 86-87 — Fiche 25 • Classification des contrats et clauses contractuelles particulières

P. 88-89 — Fiche 26 • Les effets du contrat à l'égard des parties et des tiers

P. 90-93 — Fiche 27 • Exécution et inexécution des contrats

P. 94-95 — Fiche 28 • Le contrat de vente

P. 96-97 — Fiche 29 • Le contrat d'entreprise

P. 98-101 — Fiche 30 • Le contrat de vente à un consommateur

P. 102-103 — Fiche 31 • Le contrat de crédit à la consommation

Sommaire

P. 104-107 Fiche 32 • Les contrats portant sur le fonds de commerce : vente, location gérance, nantissement

P. 108-109 Fiche 33 • Les comptes bancaires

P. 110-113 Fiche 34 • Les transferts de fonds

P. 114-117 Fiche 35 • Les contrats de crédit aux entreprises

Quatrième partie

L'entreprise et ses responsabilités

P. 118-119 Fiche 36 • Les différentes formes de responsabilité

P. 120 Fiche 37 • Les trois fonctions de la responsabilité délictuelle : réparer, prévenir et punir

P. 121 Fiche 38 • Les fondements de la responsabilité délictuelle : théories de la faute, du risque et de la garantie

P. 122-123 Fiche 39 • Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle

P. 124-125 Fiche 40 • La responsabilité pénale

P. 126-127 Fiche 41 • La procédure pénale et le procès

Le symbole (2) renvoie à la fiche concernée

Partie 2

L'épreuve

P. 129 Présentation de l'épreuve et conseils méthodologiques

Partie 3

L'entraînement à l'épreuve

P. 152 Dossier 1 •

P. 154 Dossier 2 •

P. 157 Dossier 3 •

P. 160 Dossier 4 •

P. 164 Dossier 5 •

P. 167 Dossier 6 •

P. 173 Dossier 7 •

P. 177 Dossier 8 •

P. 181 Dossier 9 •

Partie 4

Les corrigés

P. 186 Dossier 1 •

P. 189 Dossier 2 •

P. 195 Dossier 3 •

P. 202 Dossier 4 •

P. 207 Dossier 5 •

P. 212 Dossier 6 •

P. 217 Dossier 7 •

P. 223 Dossier 8 •

P. 228 Dossier 9 •

Partie 1

Les fiches

Partie 1

Les Fiches

Sommaire

Première partie

Introduction générale au droit

P. 10-11 — Fiche 1 • Introduction : finalités et branches du droit
P. 12-15 — Fiche 2 • Les sources du droit
P. 16-19 — Fiche 3 • La preuve des actes et des faits juridiques
P. 20-23 — Fiche 4 • Les différentes juridictions nationales
P. 24-25 — Fiche 5 • Le procès et les personnels des juridictions
P. 26-27 — Fiche 6 • Les effets du jugement et les voies de recours
P. 28-31 — Fiche 7 • Les règlements amiables : conciliation, transaction, médiation
P. 32-33 — Fiche 8 • Les règlements juridictionnels : l'arbitrage

Deuxième partie

Les personnes et les biens

P. 34-37 — Fiche 9 • Capacité et incapacités juridiques
P. 38-41 — Fiche 10 • Les personnes physiques et morales
P. 42-45 — Fiche 11 • La théorie du patrimoine
P. 46-47 — Fiche 12 • Les sûretés réelles
P. 48-51 — Fiche 13 • Les sûretés personnelles
P. 52-55 — Fiche 14 • Les commerçants, personnes physiques
P. 56-57 — Fiche 15 • Patrimoine et conjoint du commerçant
P. 58-61 — Fiche 16 • Les autres professionnels de la vie des affaires
P. 62-63 — Fiche 17 • La propriété : définition, caractères et acquisition
P. 64-65 — Fiche 18 • L'étendue du droit de propriété
P. 66-69 — Fiche 19 • Le fonds de commerce et la propriété commerciale
P. 70-73 — Fiche 20 • La propriété intellectuelle
P. 74-75 — Fiche 21 • Évolutions et objectifs des lois sur l'entreprise en difficulté
P. 76-77 — Fiche 22 • La prévention des difficultés de l'entreprise
P. 78-81 — Fiche 23 • Les procédures collectives

Troisième partie

L'entreprise et les contrats

P. 82-85 — Fiche 24 • La formation des contrats
P. 86-87 — Fiche 25 • Classification des contrats et clauses contractuelles particulières
P. 88-89 — Fiche 26 • Les effets du contrat à l'égard des parties et des tiers
P. 90-93 — Fiche 27 • Exécution et inexécution des contrats
P. 94-95 — Fiche 28 • Le contrat de vente
P. 96-97 — Fiche 29 • Le contrat d'entreprise
P. 98-101 — Fiche 30 • Le contrat de vente à un consommateur
P. 102-103 — Fiche 31 • Le contrat de crédit à la consommation
P. 104-107 — Fiche 32 • Les contrats portant sur le fonds de commerce : vente, location gérance, nantissement
P. 108-109 — Fiche 33 • Les comptes bancaires
P. 110-113 — Fiche 34 • Les transferts de fonds
P. 114-117 — Fiche 35 • Les contrats de crédit aux entreprises

Quatrième partie

L'entreprise et ses responsabilités

P. 118-119 — Fiche 36 • Les différentes formes de responsabilité
P. 120 — Fiche 37 • Les trois fonctions de la responsabilité délictuelle : réparer, prévenir et punir
P. 121 — Fiche 38 • Les fondements de la responsabilité délictuelle : théories de la faute, du risque et de la garantie
P. 122-123 — Fiche 39 • Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle
P. 124-125 — Fiche 40 • La responsabilité pénale
P. 126-127 — Fiche 41 • La procédure pénale et le procès

Introduction : finalités et branches du droit

I • Les finalités de la règle de droit

Le droit correspond à une construction sociale et a pour objectif d'**organiser la vie en société, et les relations entre les personnes** qui la composent de manière harmonieuse.

Il apporte des **solutions aux problèmes posés par la vie sociale** en essayant de trouver un équilibre entre les intérêts souvent divergents des personnes. D'où sa représentation symbolique par une balance et ce que l'on appelle les effets de balanciers : passer d'une règle trop sévère à une règle trop laxiste envers une partie et inversement *(coupable et victime, créancier et débiteur)*.

Ces solutions, qui prennent la forme de règles de droit, sont toujours **situées temporellement et spatialement**. Elles peuvent évoluer à tout moment dans un pays et être différentes d'un pays à l'autre à un même moment *(légalisation de l'avortement)*.

La prise en compte des finalités du droit permet de mieux comprendre le sens de la règle, donc de mieux la retenir, de l'interpréter et d'en prévoir éventuellement leur évolution en fonction des changements sociaux *(apparition de nouvelles technologies)*.

Le droit doit :

- **assurer l'ordre social** : éviter la « loi du plus fort », permettre de vivre en société tout en garantissant une liberté individuelle ;
- **assurer la sécurité des personnes et des biens ;**
- **réaliser la justice** entre les individus et entre les individus et la société ;
- **protéger l'intérêt général**.

II • Définition du droit : droit objectif – droits subjectifs

Au singulier, « le droit » correspond au **droit objectif**, c'est-à-dire à **l'ensemble des règles de droit** (2).

Au pluriel, « les droits » correspondent aux droits subjectifs, c'est-à-dire aux **prérogatives**, aux **pouvoirs dont dispose un sujet de droit.**

Ces deux notions sont évidemment liées car les droits subjectifs doivent être reconnus et encadrés par le droit objectif pour que le sujet de droit, la personne, puisse s'en prévaloir devant une autorité publique. *Par exemple, le droit de propriété que possède une personne (et seulement cette personne) sur son téléphone portable est encadré par les règles du code civil.*

III • Les caractères de la règle de droit

La règle de droit est :

- **générale, abstraite et extérieure** : elle concerne chacun et ne désigne personne en particulier, elle ne naît pas de la volonté individuelle des personnes qui y sont soumises mais de la volonté collective, sociale ;

- **coercitive** et **prophylactique** : la règle de droit est obligatoire. Il faut cependant distinguer les **règles impératives** qui s'imposent y compris en limitant la volonté des parties *(interdiction d'un contrat de travail rémunéré au-dessous du SMIC)*, et les **règles supplétives** qui peuvent être éludées par la volonté contraire des personnes soumises *(contrat de mariage, successions)*. Leur caractère prophylactique vient du fait qu'elles sont sanctionnées : elles jouent donc un rôle de prévention en dissuadant d'enfreindre la loi.

IV • Distinction entre le droit et la morale

Ils correspondent tous les deux à un ensemble de règles organisant la vie en société.

En revanche, **ils s'opposent au niveau de la source, de la finalité et de la sanction**. La source du droit est **l'autorité publique** qui a le pouvoir de légiférer alors que les règles morales sont du ressort de la **conscience individuelle** ou collective. La finalité du droit est **l'ordre social**, celle de la morale est aussi un **idéal de conduite**. La sanction est **externe et publique** (amende, prison) pour le droit, alors qu'elle est **intérieure et individuelle** (remord) pour la morale. Il y a des délais de prescription pour le droit alors qu'il peut ne pas y en avoir pour la morale.

V • Les branches du droit

Le droit a, de part ses finalités, un champ d'application extrêmement large. Pour des raisons à la fois pédagogiques et un souci d'efficacité, il va donc être divisé en différentes branches. Les acteurs et les juridictions vont ainsi être spécialisés dans des domaines précis comme c'est le cas en médecine.

A • La distinction entre droit public et droit privé

Cette distinction prend en compte l'existence de personnes, ayant des prérogatives exceptionnelles *(modification unilatérale d'un contrat, expulsion pour cause d'utilité publique)* : l'**État** et les **collectivités locales**. Ainsi, le **droit public** va s'intéresser à l'**organisation** et au **fonctionnement des pouvoirs publics** et va régler les relations et les **conflits entre** ces **personnes publiques entre elles et entre personnes publiques et personnes privées** *(personnes physiques et personnes morales de droit privé : sociétés, associations)*.

Les **règles** sont plutôt **impératives**. Les **juridictions** compétentes seront celles de l'**ordre administratif** *(tribunal administratif)*. Les principales branches sont le **droit constitutionnel**, le **droit administratif**, le **droit pénal**, le **droit financier**.

Le **droit privé** va, au contraire, s'intéresser aux **relations et aux conflits entre personnes privées entre elles**. Les **règles** sont souvent **supplétives**. Les **juridictions** appartiennent à l'**ordre judiciaire** *(TI, TGI)*. La branche traditionnelle est le **droit civil** (code civil de 1804), puis d'autres branches ont pris leur autonomie avec l'évolution de la société : **droit commercial** (tribunal du commerce), **droit du travail** (conseil des Prud'hommes), droit **de la consommation, de la concurrence, de la Sécurité sociale.**

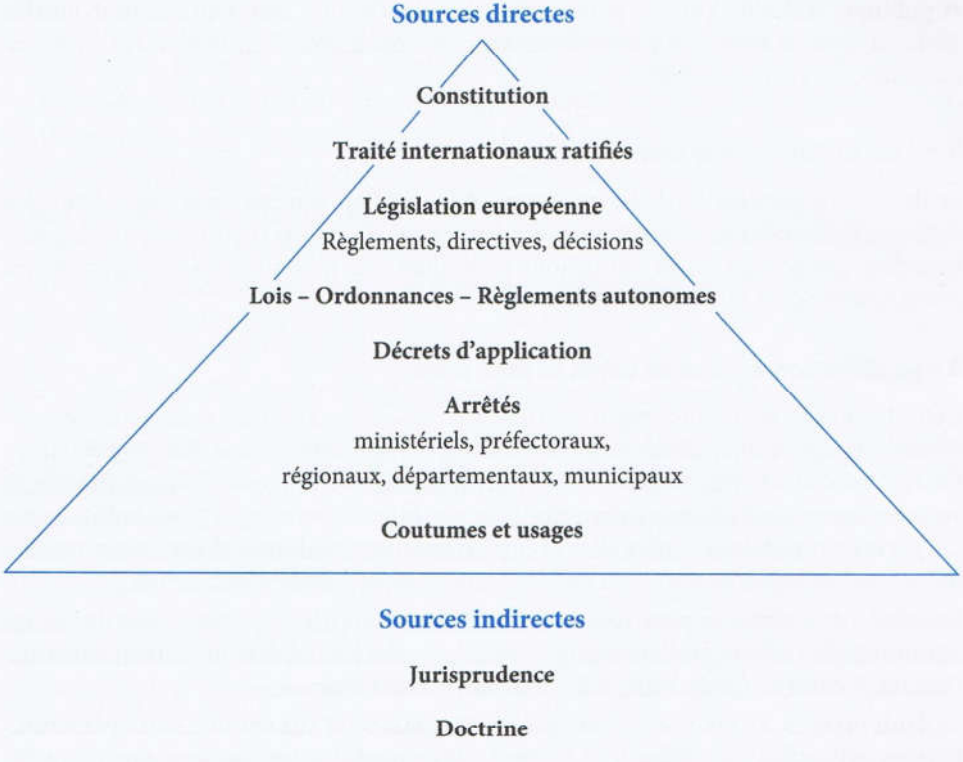
Les sources du droit

Les sources du droit correspondent à l'ensemble des différents types de règles de droit déterminés par la nature des institutions ou des organes qui en sont à l'origine.

On distingue les **sources directes** des **sources indirectes**.

Une source est dite directe lorsque le juge est obligé de l'appliquer (*lois, règlements...*) alors qu'elle est dite indirecte lorsqu'il peut simplement s'en inspirer (*jurisprudence*).

Schéma des différentes sources du droit



I • Les sources directes

Les **sources directes sont hiérarchisées**, c'est-à-dire qu'une source située à un niveau ne doit pas contredire une source située au-dessus (voir schéma page précédente) et pour modifier une source, il faut et il suffit une nouvelle source de hiérarchie au moins égale à la source que l'on veut modifier.

A • La Constitution

La Constitution est le texte suprême de notre République, donc, toute source doit être en accord avec les principes qu'elle énonce au risque d'être déclarée anticonstitutionnelle par le Conseil constitutionnel et donc non applicable. Elle peut être **modifiée par référendum** ou par le vote d'une **loi à la majorité des 3/5e** par le **Parlement réuni en Congrès.** La dernière révision date du 23 juillet 2008 : loi constitutionnelle de modernisation des institutions.

B • Les traités internationaux ratifiés

L'article 55 de la Constitution déclare que **les traités ou accords internationaux (bilatéraux ou multilatéraux)** régulièrement ratifiés ou approuvés **ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois.**

C • La législation européenne

Le droit européen en tant que source **internationale s'impose donc aux sources nationales. La Cour de justice des communautés européenne veille au principe de primauté du droit européen sur les droits nationaux.**

Le droit européen se compose du droit primaire et du droit dérivé.

Le droit primaire comprend les **traités fondateurs** comme le traité de Rome du 25 mars 1957 et le traité de Maastricht du 7 février 1992 ainsi que les grands **traités modificatifs** des Communautés européennes et de l'Union : traité de Nice, traité de Lisbonne (décembre 2007).

Le droit dérivé est issu essentiellement de la **Commission** et du **Conseil des ministres.** Il comprend :

- **les règlements**, qui ont une portée générale et qui sont directement applicables dans tous les États membres ;
- **les directives**, qui fixent les objectifs à atteindre et qui donnent un délai pour que chaque État membre destinataire puisse les transposer dans sa législation nationale ;
- **les décisions**, qui sont obligatoires dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elles désignent.

D • La loi

Au niveau national, l'article 34 de la Constitution définit le **domaine législatif**, c'est-à-dire les domaines où **seule une loi votée par le Parlement peut fixer les règles**. Il s'agit des domaines concernant l'ensemble de la population comme le *droit pénal, la nationalité, la capacité des personnes, la fiscalité…*

Ce domaine, réservé à la loi, garantit la démocratie dans la mesure où seuls les représentants du peuple élus, pour certains au suffrage universel direct (députés), peuvent légiférer.

Le Gouvernement (constitué d'un petit nombre de personnes nommées !) **ne peut pas légiférer seul dans ce domaine**.

E • Décrets et arrêtés

Il pourra cependant prendre des **règlements** ou des **décrets, dits autonomes, dans les autres domaines**, moins importants, **c'est-à-dire le domaine réglementaire**.

Pour des raisons d'efficacité, car le vote d'une loi peut être très long, **le Gouvernement peut demander l'autorisation au Parlement de légiférer dans son domaine** (législatif). La règle qu'il prend s'appelle alors une **ordonnance** qui correspond donc à une décision prise par le Gouvernement et portant sur le domaine législatif.

La loi se contente généralement de fixer les **grands principes** et laisse le soin au **Gouvernement** de préciser les **modalités d'application** ; il le fait en prenant des **décrets d'application**.

Le Gouvernement, les préfets, les Conseil régionaux, départementaux, municipaux peuvent prendre des mesures entrant soit dans le champ de leur domaine *(dates de vacances scolaires pour le ministre de l'Éducation)* soit limitées à leur ressort territorial. Ces règles s'appellent des **arrêtés**.

F • La coutume et les usages

Face à ces sources écrites et rassemblées dans différents codes (voir le site **www.legifrance.com**), il existe des sources orales qui sont **la coutume et les usages.**

La coutume correspond à une pratique qui acquiert force obligatoire par sa répétition (élément matériel) et la croyance des intéressés dans son caractère obligatoire (élément psychologique). *Exemple : la femme mariée **doit** porter le nom de son mari, alors que la loi dit qu'elle **peut** utiliser le nom de son mari.*

Les usages correspondent à des pratiques spécifiques. Ils sont très importants en droit commercial *(délais et modalités de paiement selon le secteur d'activité)* et en droit du travail *(durée de la période d'essai)*. La loi renvoie elle-même parfois aux usages. On dit qu'ils correspondent à une source par « délégation de la loi ».

II • Les sources indirectes

A • La jurisprudence

Elle correspond à l'ensemble des décisions rendues par les différentes juridictions et notamment par la juridiction suprême (4), la Cour de cassation, et pour le droit européen celles de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Toujours au niveau européen, les avis **et recommandations** qui n'ont aucun caractère obligatoire peuvent influencer les magistrats.

La jurisprudence est particulièrement **utile lorsqu'un magistrat doit juger une affaire** (sinon déni de justice) alors qu'il n'y a **pas encore de sources directes**, ou lorsque la loi **peut s'interpréter de plusieurs manières.**

B • La doctrine

La doctrine correspond à l'ensemble des opinions de ceux qui travaillent sur le droit : praticiens et spécialistes (avocats, notaires, universitaires…).

Le problème est que sur un même sujet, elle est souvent contradictoire…

> **À NOTER :** selon le principe de non-rétroactivité de la loi, la loi ne dispose que de l'avenir.

La preuve des actes et des faits juridiques

NOUS N'AVONS PAS À FAIRE LA PREUVE DU DROIT OBJECTIF, NUL N'EST CENSÉ IGNORER LE DROIT ET ENCORE MOINS LES JUGES. IL N'EN EST PAS DE MÊME POUR NOS DROITS SUBJECTIFS QUI, PAR DÉFINITION, NOUS SONT PERSONNELS : IL FAUDRA DONC EN APPORTER LA PREUVE POUR LES FAIRE VALOIR AUPRÈS D'UN JUGE !

I • Distinction entre actes et faits juridiques

Les droits subjectifs sont les conséquences d'événements générateurs de droits et d'obligations comme une *vente* ou un *accident.*

Or il est plus facile de prévoir une vente qu'un accident donc il sera plus facile de se constituer des moyens de preuve lors d'une vente que lors d'un accident.

C'est pourquoi la loi va distinguer les **événements dont les conséquences sont voulues et organisées par les parties** – les **actes juridiques** *(mariage, vente, location...)* – des événements dont les effets, les conséquences **ne sont pas prévisibles, désirés, voulus par les parties** – les **faits juridiques** (vols, accidents…).

II • Distinction entre moyens de preuve parfaite et moyens de preuve imparfaite

Une **preuve parfaite** est une preuve qui **entraîne la décision du juge**. Celui-ci est obligé de trancher au bénéfice de la partie qui présente une telle preuve. Une **preuve imparfaite** est une preuve dont la force probante, c'est-à-dire la **valeur accordée à cette preuve, est laissée à l'appréciation du juge**.

III • Les moyens de preuve parfaite

Il y a trois principaux moyens de preuve parfaite :

- **L'acte authentique**. Il correspond à un **acte dressé par un officier public** *(notaire, huissier)* selon les formes prévues, **ce qui rend certain sa date et son contenu.** L'original, appelé minute, est conservé par l'officier public qui n'en délivre que des copies.
- **L'acte sous seing privé** *(sous signatures privées).* C'est un **acte établi par les parties, comportant leur signature et respectant certaines formes** : chiffres indiqués en lettres surtout si c'est un acte unilatéral (n'engageant qu'une personne : *donation*) ; date, identification des parties, nombre d'exemplaires réalisés…
- **L'aveu.** C'est la reconnaissance par un plaideur de la vérité d'un fait qui lui est défavorable.

IV • La preuve d'un acte juridique

Principe : la preuve d'acte juridique se fait par une preuve parfaite, c'est le régime de la preuve légale.

Les conséquences de l'acte juridique étant désirées, voulues par les parties, la loi impose donc un moyen de preuve parfaite pour faire valoir des droits issus d'un acte juridique. D'où l'intérêt de se prémunir de ces moyens en amont d'un litige ! En revanche, étant donné la lourdeur de la constitution des moyens de preuve parfaite, **la loi prévoit cinq exceptions** :

- pour les **actes dont le montant est inférieur à 1 500 €** ; Code Civil art 1341.
- lorsqu'il y a une **impossibilité à présenter un écrit** :
  - **impossibilité matérielle,**
  - **impossibilité morale** *(relation de parenté entre les parties)* **;**
- lorsqu'il y a un **commencement de preuve par écrit**, c'est-à-dire un **écrit** qui sans être un acte sous seing privé, **émane de celui contre qui il est produit et rend vraisemblable le fait allégué par l'autre partie** : *lettre, agenda, notes saisies lors de perquisitions...* Le juge pourra alors accepter d'autres moyens de preuve ;
- **en cas d'absence de disposition légale ET d'existence d'une clause contractuelle écartant la nécessité d'un écrit** *(reconnaissance du code secret à quatre chiffres dans les contrats de carte bancaire par exemple) ;*
- pour les **actes de commerce** et les **actes mixtes** *(lorsque l'on prouve contre un commerçant).*

Pour toutes ces exceptions, **la preuve peut se faire par tout moyen ; on dit qu'elle est libre.**

V • La preuve des faits juridiques

Les faits juridiques et leurs conséquences ne sont pas prévisibles, voulus, organisés par les parties. Ces dernières auront du mal à se constituer des moyens de preuve en amont. Le régime de la preuve est donc celui de la preuve libre. Tout moyen de preuve sera accepté, mais le juge appréciera leur différente force probante.

VI • Les moyens de preuve imparfaite

Ils comprennent :

- **les commencements de preuve par écrit** ;
- **les témoignages ou preuves testimoniales** : c'est très souvent le seul moyen invoqué pour certain faits (*vol*) mais sa **force probante** est **faible** car le témoignage est **subjectif** et le juge est souvent en présence de témoignages **contradictoires** ;
- **les présomptions du fait de l'homme ou indice des faits** : une présomption est le **mécanisme juridique consistant à induire un fait incertain** *(la culpabilité d'une personne : un meurtrier)* **d'un fait certain** *(sa présence à côté de la victime à l'heure du décès).* Étant donné la faiblesse de ce genre de preuve, il faut en fait qu'il y ait un **faisceau d'indices concordants, graves et précis pour qu'elle puisse être retenue.**

VII • La charge de la preuve

A • Principe

La charge de la preuve revient au demandeur : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. » Cela découle du principe de présomption d'innocence : toute personne dont la culpabilité n'est pas déclarée par une décision de justice est réputée innocente. Donc le défendeur n'a rien à prouver sauf s'il affirme quelque chose : « **Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.** »

B • Exceptions

Dans certaine situations, il sera très difficile au demandeur de faire la preuve de son droit : *prouver le non-paiement d'une somme en espèces, de ne pas avoir été informé des risques inhérents à une anesthésie…*

La loi va donc dans ce cas inverser la charge de la preuve en établissant, soit des présomptions légales, soit en créant une obligation pour l'une des parties qu'elle devra prouver avoir bien exécutée même si elle est défendeur (*obligation d'information des risques d'un traitement pour un médecin*).

Les présomptions légales simples sont des présomptions (suppositions faites par la loi) dont **on peut faire la preuve du contraire**. *Les parents sont responsables des actes de leurs enfants mineurs mais ils peuvent se dégager de cette responsabilité en apportant la preuve qu'au moment des faits l'enfant n'était pas sous leur garde.*

Les présomptions légales irréfragables : présomptions pour lesquelles **on ne peut faire la preuve du contraire**. Elles correspondent à un mécanisme juridique permettant de protéger une partie faible (24) ou d'établir un fait de manière permanent *(représentativité nationale des cinq grandes confédérations syndicales).*

VIII • Évolution du droit de la preuve

Avec l'évolution de la **technologie numérique**, certains moyens de preuve ont vu leur force probante diminuée (*photographie, photocopie, enregistrement sonore…*) car les faux sont plus faciles à réaliser.

En revanche, la loi du 13 mars 2000 a modifié la définition de l'écrit en le déconnectant du support papier pour prendre en compte le développement du support numérique.

Ainsi, l'article 1316 du CC définit **l'écrit** comme étant « **une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de toute autre signe ou symbole** dotés d'une signification intelligible, **quels que soient leur support et leur modalité de transmission** ».

Il précise que « **l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier** » et que « **l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier** » si certaines conditions portant sur l'identification des personnes sont remplies.

Il précise que « **l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier** » et que « **l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier** » si certaines conditions portant sur l'identification des personnes sont remplies.

Il indique que « la **signature électronique** consiste en un usage d'un **procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache**. La **fiabilité** de ce procédé est **présumée**, jusqu'à la preuve contraire, lorsque la signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Des **organismes agréés**, privés et publics, offrent la possibilité d'acquérir des **certificats d'authentification** respectant ces conditions *(pour payer ses impôts en lignes, par exemple)*.

Depuis le 1er février **2006**, les **huissiers** et les **notaires peuvent établir les actes authentiques sur support électronique** (décret du 10 août 2005). La signature et les systèmes de traitement, de transmission et de conservation de l'information devront être sécurisés et agréés par la Chambre nationale des huissiers ou par le Conseil supérieur du notariat. Ils devront permettre de préserver l'intégrité, la lisibilité et la traçabilité de l'acte.

Les différentes juridictions nationales

L'organisation judiciaire

I • 1er et 2d degrés de juridiction

Le **premier degré** de juridiction correspond aux **juridictions que l'on doit saisir au commencement d'une procédure**. Le second degré correspond aux juridictions que l'on saisie **en exerçant une voie de recours** (6).

II • Les ordres de juridiction

Un ordre de juridiction correspond à **l'ensemble des juridictions placées sous l'autorité d'une même juridiction.**

L'Ordre judiciaire est **l'ensemble des juridictions placées sous le contrôle de la Cour de cassation**. Elles sont compétentes pour connaître des **litiges entre personnes privées** et règlent le **contentieux répressif** (affaires pénales).

L'Ordre administratif est **l'ensemble des juridictions placées sous l'autorité du Conseil d'État**. Elles sont compétentes pour connaître les **litiges dans lesquels l'administration est impliquée** : soit entre deux administrations, soit entre une administration et un particulier.

Le tribunal des conflits est une juridiction paritaire composée de conseillers d'État et de conseillers à la Cour de cassation : il est **chargé de trancher les conflits de compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif**. *Par exemple, un litige à propos d'une vente par une entreprise publique, relève-t-il du tribunal de commerce ou du tribunal administratif ?*

III • Compétence d'attribution d'une juridiction

La compétence correspond à l'aptitude d'une juridiction à traiter une affaire. **La compétence d'attribution** correspond à la détermination de la compétence d'une juridiction **en fonction de la nature du litige ou des sommes en litige.**

La compétence spéciale ou exclusive est le domaine réservé à certaines juridictions déterminé par un texte (*les TGI ont une compétence exclusive en matière de filiation*).

IV • Distinction entre juridictions civiles et juridictions pénales

Les juridictions civiles règlent les **conflits entre particuliers sans qu'aucun d'eux n'ait enfreint la loi**. Il n'est question que de responsabilité civile (38).

Les juridictions pénales jugent les **infractions à la loi**, qu'elles aient ou non entraîné des dommages.

Le juge de proximité correspond à une juridiction à juge unique, mise en place en 2002, ayant une **compétence** à la fois **civile, pour les litiges dont le montant est inférieur à 4 000 € et pénale**, pour les **infractions dont l'amende est inférieure à 750 €.**

V • Les principales juridictions civiles

La **juridiction de droit commun en matière civile est le tribunal de grande instance (TGI)** : outre ses compétences exclusives, il est compétent pour les litiges qui ne sont pas attribués à d'autres juridictions.

Les juridictions d'exception sont des juridictions qui ne peuvent connaître que des litiges portant sur une matière qu'un texte leur attribue spécialement.

Le tribunal d'instance (TI) est une juridiction d'exception de l'ordre judiciaire, statuant à juge unique, chargée, en plus de ses compétences exclusives, de connaître les litiges dont le montant est inférieur à 10 000 €.

Les tribunaux de commerce et les **conseils de prud'hommes** sont composés de **juges consulaires**, c'est-à-dire de magistrats non professionnels (commerçants pour le premier et salariés et employeurs pour le second) élus par leurs pairs.

VI • Les juridictions pénales

Le tribunal de police est une juridiction de droit commun du premier degré attachée au TI, compétente pour juger les **contraventions**.

Le tribunal correctionnel est une juridiction de droit commun du premier degré attachée au TGI, compétente pour juger les **délits**.

La cour d'assises, composée d'un **juré populaire de neuf membres** tirés au sort sur les listes électorales et de **trois magistrats**, est compétente pour juger les **crimes**.

VII • La compétence territoriale d'une juridiction

Elle correspond à la **compétence déterminée en fonction de critères géographiques relatifs soit au domicile des parties, soit à l'objet du litige** et permettant de désigner entre les tribunaux de même nature celui qui connaîtra l'affaire.

A • Principe

La compétence territoriale obéit au principe de la **règle du domicile du défendeur**. C'est une conséquence du principe de présomption d'innocence, comme pour le principe de la charge de la preuve (3).

B • Exceptions

En présence d'une **partie faible** *(salarié, consommateur)* ou pour des **raisons pratiques** *(bien immobilier)*, il existe des exceptions à ce principe. *Le salarié pourra saisir le conseil de prud'hommes de son lieu de travail ; pour les biens immobiliers ce sont les tribunaux où sont situés ces biens qui seront compétents.*

Les parties peuvent aussi, **à condition d'être commerçants, choisir territorialement** la juridiction qui sera compétente pour d'éventuels litiges nés d'un contrat, dans une **clause attributive de compétence**.

VIII • La procédure de référé (le référé)

Le délai de l'audience lors d'une procédure normale devant les juridictions de premier degré peut être long, or certaines situations ne peuvent pas attendre *(paiement d'une créance nécessaire à la survie d'une entreprise, fermeture d'un chantier dangereux…)*, c'est pourquoi la plupart des juridictions possèdent une procédure en référé.

Il s'agit d'une procédure contradictoire permettant, principalement **en cas d'urgence ou d'absence de contestation sérieuse (l'évidence)**, d'obtenir du président de la juridiction ou de son délégué, sans examen du fond, une **décision provisoire, exécutoire de plein droit**.

L'ordonnance de référé est susceptible d'appel dans les quinze jours, mais l'appel n'a pas ici d'effet suspensif (6). Si le caractère urgent et évident n'est pas démontré, le juge invite les parties à saisir la procédure normale.

Le procès et les personnels des juridictions

I • Le droit commun du procès

Selon la **convention européenne** des droits de l'homme, **toute personne a droit à un procès équitable, public**, sauf si le juge accepte le **huis clos**, et dans un **délai raisonnable**.

Le droit français, quant à lui, fixe les **principes** suivants :

- le **libre droit à la justice** ;
- la **gratuité de la justice** (aide juridictionnelle : avocat nommé d'office ; article 700 du NCPC qui permet au juge de condamner la partie perdante à payer à l'autre partie une somme qu'il détermine au titre des frais de justice qu'elle a dû supporter) ;
- **l'indépendance et la neutralité du juge** ;
- **l'appel et le double degré de juridiction** (voir fiche suivante) ;
- **le respect des droits de la défense** ;
- **le droit à la publicité des décisions de justice** ;
- **les principes du contradictoire : les conclusions**, c'est-à-dire les **demandes** et les **arguments de chaque partie**, et tous les **moyens de preuve** invoqués par une partie doivent être communiqués à l'autre, dans un délai raisonnable avant l'audience afin qu'elle puisse les contredire.

II • Procédure accusatoire et procédure inquisitoire

La procédure accusatoire est caractérisée par l'importance du rôle laissé aux parties dans le déclenchement, la recherche des preuves et la conduite du procès.

Les **procédures civiles** sont en principe de ce type. Selon le **principe du dispositif**, le juge, en tant qu'arbitre, veille au bon déroulement de la procédure et ne peut statuer que sur les prétentions (les demandes) des parties. Il ne peut pas accorder plus que ce qui a été demandé.

La procédure inquisitoire est caractérisée, au contraire, par l'importance du rôle laissé au juge dans le déclenchement, la recherche des preuves et la conduite du procès. Les **procédures pénales** sont généralement de ce type (41).

III • Les conditions de recevabilité de l'action en justice

Pour agir en justice, il faut :

- **un intérêt à agir** : « pas d'intérêt, pas d'action » ;
- **la qualité pour agir**. Ce droit est réservé au **titulaire du droit**, à ses **héritiers**, ses **mandataires** et ses **créanciers** (par l'intermédiaire de l'action oblique (11) ;
- **la capacité pour agir**. Seules sont habilitées à agir devant les tribunaux les personnes physiques ou morales capables (9).

IV • Les différentes demandes

La demande est l'acte par lequel un plaideur saisit le tribunal pour qu'il statue sur sa prétention.

On distingue :

- **la demande initiale** : celle qui permet au plaideur – **le demandeur** – de prendre **l'initiative du procès** ;
- **la demande reconventionnelle** qui est celle permettant au **défendeur**, qui ne se contente pas de résister aux prétentions du demandeur, **d'attaquer à son tour le demandeur** en lui réclamant, lui aussi, des avantages ;
- **la ou les demande(s) additionnelle(s)** permet(tant) à l'une des parties de modifier ses prétentions antérieures, à la hausse ou à la baisse, au cours du procès.

V • Les personnels de la justice

Les magistrats du siège (**magistrature assise** car ils restent assis pour parler) sont les magistrats investis de la **fonction de juger**.

Pour préserver l'indépendance de la justice par rapport au pouvoir exécutif, ils sont **inamovibles**, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être ni mutés ni radiés contre leur gré.

Les magistrats du parquet ou le ministère public (**magistrature debout** car ils se lèvent pour parler) représentent un corps hiérarchisé de magistrats (procureur, avocats généraux), **non inamovibles**, chargé de veiller au **respect de l'intérêt général et de l'ordre public** en exerçant l'action publique.

Le greffier (**secrétariat-greffe**) assure le **secrétariat de la juridiction** dont il dépend et assiste le juge. Il met en forme les jugements et arrêts, conserve les minutes (originaux) des décisions de justice, renseigne également les justiciables.

Les officiers ministériels sont les **huissiers** qui signifient (assignation) les actes, les **notaires** qui les authentifient, les **avoués** qui représentent les parties près la cour d'appel, les **avocats au conseil** près la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Les avocats assistent et représentent les parties devant un tribunal, ils assurent la plaidoirie à l'audience.

Les experts judiciaires sont des professionnels (médecins, psychiatres, mécaniciens, spécialistes en balistique…), chargés par le juge de fournir une consultation, procéder à des constatations ou réaliser une expertise. Si le juge n'est pas lié par l'expert, son avis est néanmoins précieux pour éclairer sa décision.

Les effets du jugement et les voies de recours

I • Les effets du jugement

Un jugement ne peut pas être exécuté avant d'avoir **l'autorité de la chose jugée** (**force de chose jugée**), c'est-à-dire qu'il ne peut plus être exercé à son encontre une voie de recours suspensive (voir plus bas).

Si la partie perdante refuse d'exécuter le jugement, le gagnant pourra demander son **exécution forcée**, c'est-à-dire le recours à l'ensemble des moyens de contrainte exercés contre la personne du débiteur ou contre ses biens pour imposer, dans le respect de la loi, l'exécution des obligations.

Pour cela, le jugement doit avoir **force exécutoire**, c'est-à-dire qu'il doit être revêtu de la **formule exécutoire** qui ordonne aux agents de la force publique (huissiers, police) de prêter leur concours à son exécution.

Voir 27 pour les moyens et les limites de l'exécution forcée.

II • Les principales voies de recours : l'appel, le pourvoi, l'opposition

Les voies de recours représentent la possibilité donnée au justiciable de demander soit un réexamen, soit un contrôle d'une décision le concernant.

A • L'appel (interjeter appel)

C'est une voie de recours exercée contre une décision rendue en premier ressort et permettant un contrôle de celle-ci en fait et en droit : les juges d'appel vont **réétudier l'affaire au fond**, de la même manière que les magistrats de premier degré (**effet dévolutif**).

Comme les coûts de la procédure d'appel sont relativement élevés, les demandes des parties doivent dépasser un certain seuil (seuil d'appel) pour pouvoir faire appel. Ce seuil d'appel est en 2008 de **4 000 €**.

L'appelant (la partie qui fait appel, l'autre s'appelle **l'intimé**) dispose d'un délai d'un mois pour faire appel à compter de la date de la notification de la décision (15 jours en cas de référé).

L'appel a en principe un effet suspensif, c'est-à-dire que **l'exécution de la décision contre laquelle il est formé est suspendue** sauf si celle-ci est assortie de l'exécution provisoire (ce qui est toujours le cas en référé !).

La cour d'appel peut **confirmer le jugement de premier degré** (**arrêt confirmatif**) **ou l'infirmer**, c'est-à-dire trancher dans le sens inverse (**arrêt infirmatif**).

B • Le pourvoi en cassation

Le pourvoi en cassation est **toujours possible**, même pour les décisions rendues en **premier et dernier ressort**, c'est-à-dire non susceptibles d'appel (au-dessous du seuil d'appel des 4 000 €).

Le pourvoi en cassation est en effet une voie de recours extraordinaire permettant un **contrôle de la conformité aux règles de droit des décisions rendues**, la Cour de cassation ne juge pas le fond de l'affaire mais la forme.

Le pourvoi en cassation n'a **ni d'effet suspensif, ni d'effet dévolutif**.

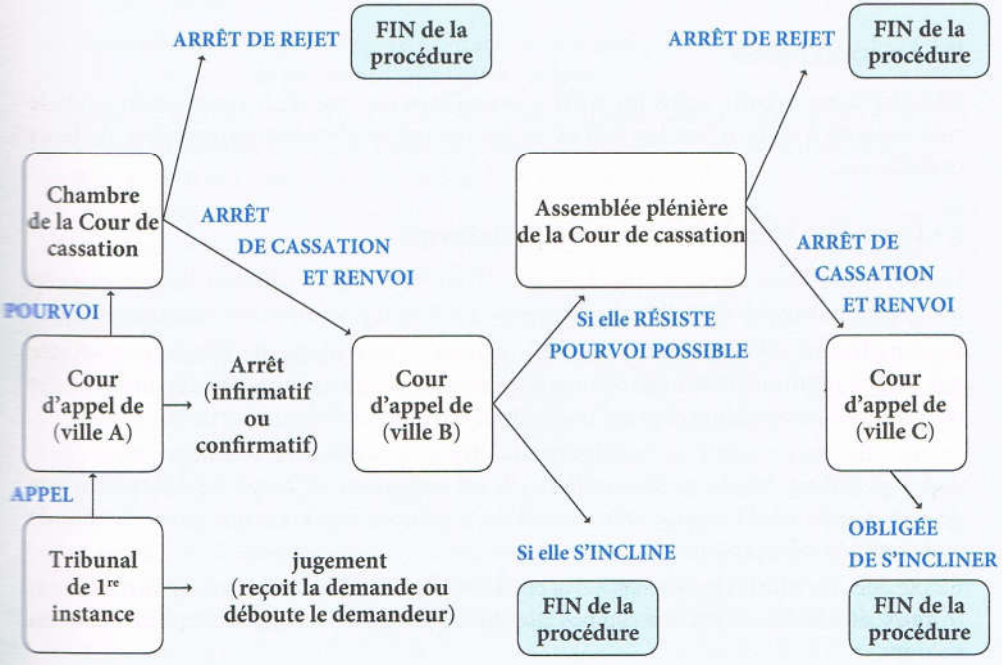
La Cour prononce :

- soit un **arrêt de rejet** qui **repousse le pourvoi exercé à l'encontre de la décision de justice** car elle estime que la juridiction précédente a bien appliqué les règles de droit. La procédure est donc terminée et c'est la dernière décision qui s'applique ;
- soit un **arrêt de cassation** si elle reproche à la juridiction précédente de ne pas avoir bien appliqué les règles de droit. **La décision de cette juridiction est donc cassée, c'est-à-dire annulée**, et l'affaire est généralement renvoyée devant une autre juridiction de même niveau que celle dont émane la décision.

C • L'opposition

L'opposition est une **voie de recours ordinaire, permettant au défendeur qui n'a pas pu comparaître et à l'encontre duquel a été rendu un jugement par défaut, d'en demander l'annulation.**

Les voies de recours



Les règlements amiables : conciliation, transaction, médiation

I • Les principes des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC)

Une procédure judiciaire peut être longue et coûteuse, surtout si les voies de recours sont utilisées. Le procès est porteur d'un conflit dont on peut craindre qu'il dégénère car à l'issue il y a un gagnant et un perdant.

Gagner un procès n'est qu'une étape, il reste à faire appliquer la décision, ce qui n'est pas toujours facile (27) : « **une mauvaise transaction vaut mieux qu'un bon procès** ».

De plus, le procès est en principe public, ce qui peut gêner certains acteurs exposés médiatiquement comme les sociétés cotées par exemple. C'est pourquoi les MARC remportent un vif succès.

Utilisés de manière alternative ou cumulative, ils présentent l'**avantage** d'être **plus rapides** et **moins coûteux, d'éviter l'affrontement** (la solution est souvent concertée et négociée) ce qui permet la poursuite d'une relation (*familiale, de travail, de voisinage ou commerciale*), et surtout d'être **confidentiels** : **obligation de confidentialité et de réserve des acteurs**. Les « juges » sont aussi plus près du litige à résoudre et ont une meilleure connaissance du problème à traiter. Le règlement amiable a pour objectif de favoriser le règlement d'un litige par voie d'accord entre les parties.

II • La conciliation

Elle vise à un accord entre les parties avec l'intervention d'un conciliateur dont le rôle consiste à rapprocher les parties en les incitant à abandonner certaines de leurs prétentions.

A • Lorsqu'elle s'inscrit dans un cadre juridictionnel

Le NCPP (nouveau code de procédure pénale) invite le juge à concilier les parties avant d'engager une procédure et de rechercher par lui-même une solution qui s'imposera à elles.

Le **conciliateur** est donc soit le **juge** lui-même soit une **personne physique nommée par le juge pour une durée maximum d'un mois**, inscrite sur une liste, répondant à des conditions d'honorabilité et ayant une expérience dans le domaine juridique.

La conciliation concerne surtout les **petits litiges** *(problèmes de voisinage, de location, de factures impayées, de consommation)*, elle est obligatoire et fait partie de la procédure devant le tribunal d'instance et le conseil de prud'hommes, ainsi que dans le cadre de certaines procédures *(divorce)*.

Elle se déroule à **huis clos** et en cas d'**accord**, un **procès-verbal revêtu de la force exécutoire est établi**. Voulu et construit par les parties, cet accord ne sera **susceptible d'aucun recours**.

En cas d'échec, la procédure judiciaire se poursuivra mais à tout moment de l'instance juridictionnelle, les parties peuvent décider de recourir à un accord qui mettra fin à la procédure.

B • En dehors de toute procédure juridictionnelle

Il est possible de recourir gratuitement à un **conciliateur de justice bénévole**, nommé par le premier Président de la cour d'appel sur proposition du juge d'instance.

Le rôle du conciliateur n'est **pas un rôle de jugement ni de proposition, mais plutôt de guide et de modérateur**. Cela peut représenter un inconvénient pour la partie la plus faible qui ne bénéficie pas de la protection du juge. En cas de **succès**, le conciliateur établit un **constat de conciliation** qui a **valeur contractuelle** mais **pas force exécutoire**. En cas d'**échec**, les parties pourront **saisir les juridictions classiques**.

III • La médiation

A • Dans le cadre d'une procédure

Elle peut **être utilisée dans le cadre d'une procédure civile ou pénale** (excepté pour les crimes), on parle alors de **médiation judiciaire**.

Le médiateur reçoit une **rémunération fixée par le juge et payée par les parties** en fonction de sa mission. Il doit avoir des qualités de moralité, d'honorabilité, d'indépendance et de compétence.

Sa **mission**, qui ne peut excéder **trois mois**, renouvelable une fois à sa demande, a pour objectif de **rechercher un accord de manière active**.

Par rapport à la conciliation, le médiateur a un rôle plus actif : il propose des solutions. En revanche, **le juge n'est pas dessaisi**, il reste maître de l'instance et peut donc continuer à prendre des mesures d'instruction qu'il lui semblent utiles.

La médiation civile concerne principalement les contentieux familiaux *(permettre aux parents de renouer un dialogue, organiser des points de rencontre parents-enfants pour les droits de visite).*

C'est le **juge** qui, **après** avoir obtenu l'**accord des parties, désigne le médiateur**.

En cas de **succès**, l'**accord** doit être **homologué par le juge** et a dans ce cas la même **force exécutoire** qu'un jugement. **La doctrine est divisée sur la possibilité d'un recours** : oui car il s'agit d'un jugement, non car il correspond à un contrat voulu entre les parties. L'opinion dominante est contre l'ouverture d'un recours.

La médiation pénale concerne le plus souvent les **actes de la petite délinquance** *(non-respect de l'obligation scolaire, dégradation des lieux publics, petits vols, injures).* Elle **est mise en œuvre à l'initiative du procureur de la République** qui propose à un délinquant (ayant la majorité) une **composition pénale**, soit directement soit par l'intermédiaire d'un médiateur. Il s'agit d'une **sanction volontairement acceptée par le délinquant**.

Ses objectifs sont d'assurer **une réparation correcte du dommage causé**, de **mettre fin aux troubles résultant de l'infraction** et de **contribuer au reclassement social de l'auteur du dommage**.

En pratique, le **délinquant qui reconnaît les faits** qui lui sont reprochés et **accepte de réparer la victime du dommage** en moins de six mois, **se voit proposer une sanction** en accord avec la victime : *amende, remettre la chose en l'état, réparation financière, excuses, travail d'intérêt général...* Il a dix jours pour accepter ou refuser cette sanction. Une fois acceptée, datée et signée par le procureur de la République et validée par le Président du tribunal, **l'exécution des mesures convenues a pour effet d'éteindre l'action**.

B • En dehors de tout procès

Les parties à un contrat peuvent prévoir, avant tout litige, **d'insérer une clause prévoyant le recours à un médiateur** en cas de survenance d'un conflit. On parle alors de **médiation conventionnelle**.

En cas d'accord, un **constat** est **signé entre les parties**, qui **peut être homologué par le juge** à la demande des parties, ce qui donnera à la médiation **force exécutoire**.

IV • La transaction

A • Définition

Le code civil définit la transaction comme étant un **contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation née ou préviennent une contestation à naître**. Elle relève donc du **droit des contrats** dont elle doit respecter les **conditions de validité** (24).

Pour être valable, elle suppose des **concessions et** des **engagements réciproques**.

La transaction rédigée par écrit et signée des parties a pour effet d'éteindre le litige et toute autre action devient irrecevable. Elle revêt, entre les parties, **l'autorité de la chose jugée en dernier ressort**. Elle met fin à toute contestation (si les conditions de validité des contrats sont respectées).

Les parties peuvent demander au président du TGI de conférer **force exécutoire** à l'acte présenté.

Elle remplace donc le jugement et en produit les effets. Elle trouve de multiples applications *(en matière d'assurance, rupture de contrat)*. Mais elle a aussi des **limites** : impossible pour le *divorce* et *lorsqu'il y a des dispositions d'ordre public.*

B • La transaction administrative

L'État a la volonté de privilégier, dans les rapports avec les citoyens, la qualité, l'accessibilité, la simplicité et la rapidité. **Il a donc développé le recours à la transaction pour un règlement amiable des conflits administratifs**. Elle **doit être privilégiée** chaque fois que la **collectivité publique est certaine que sa responsabilité est engagée** et que son **action entraîne un préjudice pour un particulier**.

Elle est souvent utilisée en matière de *contentieux fiscal, d'urbanisme.*

Le Conseil d'État a précisé les compétences suivantes pour représenter l'État en vue des transactions administratives : chaque **ministre** a la compétence pour transiger **au nom de l'État** pour les affaires relevant de son **ministère, le conseil général** est compétent pour conclure des transactions au nom du **département**, le **maire** peut conclure des transactions **après autorisation du conseil municipal.**

La transaction administrative a **l'autorité de la chose jugée**.

Les règlements juridictionnels : l'arbitrage

I • Définition

L'arbitrage correspond à un mode de règlement des conflits par **recours à une ou plusieurs** (toujours en nombre impair) **personnes privées** (personnes physiques ou organismes) appelées **arbitres**.

Contrairement aux modes de règlements amiables, **les parties s'engagent à respecter la sentence arbitrale**. Elle doit être exécutée, les parties ne peuvent s'y soustraire.

II • Domaines

L'arbitrage ne peut être **admis que pour les matières où les parties disposent de leurs droits**. Sont alors **exclus** le contentieux pénal, l'état et la capacité des personnes, les procédures collectives et plus généralement **l'ensemble des matières qui mettent en jeu l'ordre public**.

Du fait de son caractère confidentiel (les décisions ne sont pas publiées), l'arbitrage est **très apprécié** dans les **milieux d'affaires**. La compétence technique que peuvent avoir les arbitres privilégie aussi ce mode de règlement dans les **milieux industriels et technologiques**.

Le fait de s'en remettre à des arbitres permet aussi d'évacuer les problèmes de conflits de lois et de juridictions d'où son succès dans le cadre des **litiges internationaux**.

En revanche, son **coût** est **élevé** (rémunérations des arbitres en plus des avocats) et la **procédure** peut être **longue**.

III • Mise en œuvre

A • Avant la naissance d'un litige : la clause compromissoire

Avant la naissance d'un litige, l'arbitrage peut être mis en œuvre par l'insertion d'une **clause compromissoire** dans un contrat.

Cette clause n'est **valable que dans les contrats entre commerçants**.

Elle est donc **nulle pour les actes civils** mais aussi pour les actes **mixtes** (entre un commerçant et un particulier) pour éviter que des particuliers soient contraints d'accepter de telles clauses dans des contrats d'adhésions (25).

Cette interdiction trouve une **exception** dans les **contrats internationaux** et, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, pour les **actes conclus en raison de l'activité professionnelle**, qu'elle soit civile ou commerciale, artisanale, libérale ou agricole.

B • Après la naissance d'un litige : le compromis

Après la naissance d'un litige, les parties peuvent recourir à l'arbitrage en signant un acte écrit appelé **compromis** et cela même si l'affaire est déjà engagée devant une juridiction. Toute personne peut conclure un compromis dans les domaines où l'arbitrage n'est pas interdit.

IV • Effets

Les parties peuvent demander aux arbitres **de juger en droit** (en appliquant les mêmes règles de droit qu'un magistrat professionnel) **ou**, et c'est souvent l'intérêt de l'arbitrage, **en équité** : c'est-à-dire en recherchant une solution acceptable pour les deux parties sans forcément appliquer les règles de droit qui auraient eu des conséquences inéquitables pour l'une des parties. On dit alors qu'ils jugent en « **amiables compositeurs** ». Évidemment, le jugement en équité est **impossible quand une règle d'ordre publique est applicable** puisque les parties elles-mêmes n'auraient pas pu l'écarter.

La **sentence arbitrale** (prise à la majorité des arbitres) a **l'autorité de la chose jugée**, mais elle n'a **pas force exécutoire**.

Pour la rendre exécutoire, les parties doivent recourir à la justice étatique (TGI) qui donne l'***exequatur*** (affirmation du caractère exécutoire d'une sentence arbitrale). Le juge vérifie simplement sa régularité formelle et sa conformité à l'ordre public.

En cas de contestation de la sentence, **l'appel est possible uniquement si les arbitres n'ont pas été appelés à juger en amiables compositeurs** (sinon on considère qu'il s'agit d'une renonciation implicite à ce recours).

Capacité et incapacités juridiques

I • La capacité juridique

« **Être capable** » en droit signifie avoir « **le droit d'avoir des droits** » et « **l'obligation d'assurer ses obligations** ». La **capacité juridique** est donc **l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations et à les exercer**.

On distingue la **capacité de jouissance** qui correspond à la **faculté pour une personne d'être titulaire de droits et d'en acquérir** *(posséder ou acheter une maison, une action)* et la **capacité d'exercice** qui leur permet **d'exercer elle-même ces droits** *(vendre un appartement, voter)*.

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception : « toute personne peut contracter, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ».

Mais **pour protéger** des individus particulièrement faibles, parfois pour les **punir, la loi organise des incapacités juridiques. Il s'agit essentiellement d'incapacités d'exercice** car priver un individu de sa capacité totale de jouissance reviendrait à le priver de sa personnalité juridique : *un mineur a le droit de posséder un appartement ou des actions mais pas de les vendre sans être représenté par ses parents.*

II • Les incapacités juridiques

A • Classification des actes juridiques en fonction de leur importance et de leurs conséquences

Le droit distingue quatre types d'acte :

- Les **actes de la vie courante** sont des actes mineurs (*achat de pain, d'une place de cinéma*), leur liste varie avec l'évolution de la société.
- Les **actes conservatoires** correspondent à des actes nécessaires ou urgents qui consistent à empêcher qu'un bien perde de sa valeur, à préserver un droit *(consolidation d'un immeuble)*.
- Les **actes d'administration** correspondent aux opérations de gestion normale d'un patrimoine. Ils tendent à le mettre en valeur *(bail, réparations courantes)* sans le modifier profondément.
- Les **actes de disposition**, par contre, modifient la composition du patrimoine par le transfert d'un droit réel ou par la souscription d'un engagement juridique important *(vente, donation d'un bien, souscription d'un emprunt)*.

En fonction du degré de vulnérabilité de la personne, dû à l'**âge** ou à son état **physique ou mental**, la loi va la **protéger** en lui **interdisant d'effectuer elles-mêmes certains actes**.

Si des actes sont passés malgré l'interdiction, ils seront, **soit annulés de plein droit, soit pourront être annulés** à la suite d'une **action en rescision pour lésion** (*déséquilibre entre les prestations réciproques des parties au moment de la conclusion du contrat*) ou d'une **action en réduction pour excès** (*inutilité de la dépense ou une disproportion entre la dépense et les ressources des personnes*). En plus de la nullité du contrat, le cocontractant s'expose à des poursuites pénales pour **abus de faiblesse** (30).

B • Le mineur non émancipé

Le mineur non émancipé est frappé d'une **incapacité d'exercice**. Il doit donc être représenté par ses parents ou un tuteur pour le gouvernement de sa personne *(absences scolaires, inscription à un club sportif)* et la gestion de ses biens.

Néanmoins, la **loi du 4 mars 2002** prévoit que **les parents doivent associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité**.

De même, dans la pratique, le mineur **peut effectuer les actes de la vie courante et certains actes en fonction de son âge** *(retirer de l'argent de son compte, signer un contrat de travail à partir de 16 ans)*.

Les actes conservatoires et d'administrations ne lui sont pas non plus interdits. Ces actes ne seront annulables que s'il est rapportée la preuve qu'ils étaient financièrement déséquilibrés (lésionnaires), en sa défaveur, au moment où ils ont été conclus. Par contre, si le mineur a dissimulé de manière frauduleuse sa minorité, il ne pourra demander la nullité de l'acte.

Les actes de disposition lui sont interdits, le juge est tenu de prononcer leur nullité si la demande en est faite. Les conséquences de ce régime sur les actes sont les mêmes que pour la curatelle : *cf.* tableau page suivante.

C • Le mineur émancipé

Le mineur émancipé (16 ans révolus) jouit d'une **pleine capacité juridique**, excepté qu'il **ne peut pas être commerçant**.

L'émancipation est prononcée par le juge des tutelles à la demande du représentant légal du mineur afin de faciliter l'autonomie du mineur *(éloignement, travail)*.

D • Les incapables majeurs

La loi organise **trois régimes d'incapacité en fonction de l'importance de l'altération des facultés mentales ou physiques** du majeur.

	Caractéristiques	Conséquences sur les actes conservatoires et d'administration	Conséquences sur les actes de disposition
La sauvegarde de justice	Ce **régime temporaire** est le plus **souple,** il est destiné à des personnes ayant des **troubles passagers. Le majeur conserve l'exercice de ses droits.**	**Les actes qu'il passe peuvent être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès.** Ce qui les rend fragiles. Ce régime prend fin soit par une déclaration attestant la cessation des troubles, soit par l'ouverture d'un régime plus lourd en cas d'aggravation.	
La curatelle	**Il s'agit d'un régime intermédiaire** destiné aux personnes ayant une **altération plus durable ou incapable de défendre leur intérêt du fait de certains travers comme l'alcoolisme ou le penchant pour le jeu.** Le majeur, sans être hors d'état d'agir lui-même, a besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile.	**Il peut contracter seul.** Ces actes **peuvent éventuellement être rescindés pour lésion ou réduits en cas d'excès,** ou encore annulés s'il est établi que le majeur était atteint d'un trouble mental lorsqu'il a passé l'acte.	**Il devra être obligatoirement assisté par son curateur sous peine de nullité relative.**
La tutelle	Elle concerne les personnes dont les **facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge.**	L'objectif est d'assurer la **protection des intérêts du majeur en le représentant de manière continue** dans les actes de la vie civile par un **tuteur.** La **sanction** de la non-représentation est la **nullité de droit.** **Le juge peut** cependant **autoriser** le majeur sous tutelle à passer seul ou avec l'assistance de son tuteur **quelques actes de la vie courante** en les énumérant.	

La **loi du 5 mars 2007**, qui entrera en vigueur le **1er janvier 2009**, réforme la protection du majeur en tenant compte de **l'allongement de la durée de la vie et du nombre plus important de personnes âgées**. Ainsi, le terme « incapable », sans disparaître, est remplacé au profit de l'expression « personne protégée ».

La mesure d'accompagnement judiciaire (MAJ) s'adresse aux bénéficiaires de prestations sociales dont la santé ou la sécurité est compromise du fait des difficultés qu'ils éprouvent à gérer leurs ressources, malgré la mise en œuvre **d'une mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP)**, qui est elle aussi une innovation de cette loi.

Le mandat de protection future permettra aussi à toute personne d'**organiser la protection de ses intérêts personnels et de son patrimoine** pour le cas où elle ne sera plus en mesure de le faire elle-même à la suite d'un accident *(coma prolongé)* ou d'une maladie grave *(maladie d'Alzheimer à un stade avancé)*.

Les personnes physiques et morales

I • La personnalité juridique

Pour avoir des droits et des obligations il faut être **sujet de droit**.

Or **seules les personnes dotées de la personnalité juridique** sont considérées comme des sujets de droit. C'est donc la personnalité juridique qui confère la **capacité, l'aptitude à être à la fois titulaire de droits subjectifs et débiteurs d'obligations** *(rembourser un emprunt, réparer un préjudice).*

Le droit objectif reconnaît **deux catégories de personnes** ayant la personnalité juridique : les **personnes physiques et les personnes morales.**

Les personnes physiques correspondent aux **êtres humains**. Tous les êtres humains sans exception sont dotés de la personnalité juridique.

En revanche, les **animaux** ne sont pas considérés comme des personnes mais comme des **choses animées** et **comme les autres choses**, ils n'ont pas de **personnalité juridique**. En revanche, la loi sanctionne des comportements jugés inadmissibles à l'encontre de certains êtres vivants : ils ne sont pas sujets de droit mais objets de droit.

Si la notion de personne physique ne pose pas de problème d'appréhension ce n'est pas forcément le cas de la notion de personne morale qui correspond à une **fiction**, à une **construction juridique**. D'où l'intérêt de comprendre pourquoi elle a été créée.

Les personnes morales **répondent à des besoins sociaux**. En effet, très tôt on s'est aperçu que la réussite de certains projets de grande envergure (*industrie*) **nécessitait de constituer des groupements de personnes mettant en commun leurs activités et leurs ressources**. Par ailleurs, **ces groupements peuvent poursuivre des buts différents de ceux de leurs membres**. Tout ceci conduit **à conférer à certains groupements la personnalité morale**, calquée sur celle des personnes physiques.

Ainsi, les personnes morales correspondent à un **groupement de personnes physiques et/ou morales ayant une personnalité juridique**, c'est-à-dire des droits et des obligations **différents des personnes qui la composent**.

II • Les personnes physiques

A • Naissance et fin

La naissance de la personnalité juridique s'acquiert en principe à la **naissance de l'enfant**, à condition que cet enfant soit « **né vivant et viable** ». L'enregistrement dans les trois jours sur les registres de l'état civil n'est qu'une formalité imposée par la loi.

Avant la naissance, le **fœtus** n'est pas une personne. Il **peut** toutefois **acquérir la personnalité juridique de manière rétroactive**, après être né viable et quand il en va de l'intérêt de l'enfant *(décès du père pendant la grossesse : droit à l'héritage).*

La personnalité juridique prend fin en principe au **décès de la personne physique**, constaté médicalement et déclarée à la mairie. Elle peut poursuivre temporairement au décès, le temps de réaliser les dernières volontés du défunt *(testament)*. Elle peut poursuivre temporairement au décès, le temps de réaliser les dernières volontés du défunt (testament). En l'**absence de cadavre**, c'est un **jugement du tribunal** qui met fin à la personnalité. On parle de **disparition** lorsque la personne a subi des **circonstances dangereuses** *(catastrophe naturelle, accident d'avion)*. Il est dans ce cas possible, s'il n'y a pas de présomption de survie, d'obtenir tout de suite un jugement déclaratif ayant tous les effets du décès. En cas de retour du disparu, le jugement sera annulé.

En cas d'**absence** prolongée, c'est-à-dire lorsqu'une personne cesse de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans donner de nouvelles, il faut faire constater la présomption d'absence mais le jugement déclaratif ne pourra être obtenu qu'au bout de dix ans. En cas de retour, le jugement sera annulé mais l'absent récupérera ses biens dans l'état dans lesquels ils se trouvent au moment de son retour.

B • Les éléments d'identification

La préoccupation est ici de pouvoir identifier de manière certaine la personne afin qu'il n'y ait pas erreur sur la personne dans les actes juridiques, ce qui entraînerait la nullité de ces actes.

Le nom de famille

C'est le **principal identifiant de la personne physique** ; c'est pourquoi il existe un véritable droit au nom et qu'il est protégé.

Ainsi, **le nom est** :

- **indisponible** : on ne peut autoriser par contrat l'usage de son nom, excepté pour un usage commercial ;
- **imprescriptible** : on ne peut pas le perdre par non-usage ;
- **immuable** : contrairement à ce que l'on croit, on ne change jamais de nom (sauf exception et à condition de justifier d'un intérêt légitime : *francisation, éviter un caractère, ridicule)*.

L'attribution du nom se fait :

- **par filiation** : naissance, adoption (nom du père ou celui de la mère ou les deux accolés dans l'ordre de leur choix dans la limite d'un nom de famille par parent) ;
- **par mariage** : chacun des époux **PEUT** (et non doit) prendre pour **nom d'usage** le nom de son conjoint mais le caractère immuable du nom fait que c'est le nom de filiation qui demeure le nom officiel ;
- **par voie administrative** : en cas d'enfant abandonné, c'est l'officier d'état civil qui attribue une suite de prénom dont l'un est le nom de famille.

Le domicile

Le domicile correspond au **lieu où la personne a son principal établissement**. Il permet de localiser géographiquement la personne physique, ce qui a une importance juridique : *assignation en justice, compétence territoriale des juridictions.* Il est donc rattaché à la personnalité juridique de l'individu.

C'est pourquoi **chaque personne physique a un et un seul domicile** (unicité de domicile). Elle peut par contre avoir **plusieurs résidences** : notion qui correspond davantage à un lieu d'habitation.

La nationalité

La nationalité est le **lien juridique qui unit une personne à un État.** Elle lui confère des droits et des obligations spécifiques : les étrangers n'ont pas les mêmes droits et obligations que les ressortissants du pays *(droit de vote, accès au statut de fonctionnaire).* En revanche, en principe, c'est le droit du pays dans lequel se trouve la personne qui s'applique *(code de la route, droit pénal).*

La nationalité **s'acquiert par filiation** (un des parents français), par **mariage**, par le **lieu de naissance ou de résidence**, par **décision de l'autorité publique** *(militaire, service rendu à la Nation).*

III • Les personnes morales

Deux théories s'opposent sur la naissance de la personnalité morale :

- la **théorie de la réalité** reconnaît aux groupements la **personnalité juridique de plein droit du fait de leur existence autonome** ;
- la **théorie de la fiction implique que seul le législateur peut donner la personnalité à ces groupements** qui ne sont que des constructions juridiques : *c'est la déclaration à la préfecture qui procure la personnalité juridique de l'association.*

En droit français, c'est la théorie de la fiction qui s'applique.

A • La capacité

La **capacité de jouissance** des personnes morales est **limitée** par le **principe de spécialité.** Les opérations qu'elles peuvent réaliser sont limitées en fonction de **leur nature** (*associations, sociétés, syndicats*) et de l'**objet social** pour lesquelles elles ont été conçues.

La **capacité d'exercice** pose problème car la personne morale ne peut pas elle-même contracter matériellement sans passer par des personnes physiques. Les solutions sont la **représentation** ou le **mandat** donné à des personnes prévues par la loi. *Le gérant d'une SARL est un mandataire social qui a le pouvoir d'engager la société.*

B • Les éléments d'identification

La dénomination sociale

Les personnes morales **choisissent librement** leur dénomination sociale qui peut correspondre au **nom de famille d'un ou plusieurs associés** ou être **fantaisiste**. Le choix doit cependant préserver les droits des autres personnes morales (concurrentes) et **ne pas créer de confusion d'identification**. En échange, la dénomination sociale choisie bénéficie à son tour d'une **protection contre les concurrents**.

Une personne morale n'a qu'une et une seule dénomination sociale (élément d'identification) mais elle peut avoir plusieurs marques commerciales. La dénomination sociale **peut être modifiée relativement facilement**.

Le siège social

Le siège social **permet de localiser géographiquement la personne morale**. Une personne morale n'a donc **qu'un et un seul seul siège social** (rattaché à sa personnalité juridique), elle peut par contre avoir **plusieurs établissements** (entités physiques : *usines, succursales, bureaux de vente).*

La nationalité

C'est la **localisation du siège social qui confère la nationalité de la personne morale**. *Une société qui a son siège social en France est donc française.*

À NOTER : pour identifier sans équivoque les personnes, l'INSEE confère à **chaque personne physique un numéro d'identification** souvent appelé « numéro sécu ». **Chaque société** reçoit aussi un **numéro SIRET**.

La théorie du patrimoine

I • Définition

Il correspond à **l'ensemble des droits et des obligations pécuniaires**, c'est-à-dire évaluables en argent, d'une personne. Il comprend donc un **actif, les biens qu'elle possède** : **les droits et un passif : les obligations ou les dettes.**

Il répond à trois caractères :

- C'est un **contenant** : il varie constamment en fonction de l'entrée ou de la sortie de biens ou de dettes, mais son régime est distinct des éléments qui le composent *(au décès d'une personne, la totalité de son patrimoine est transmise à ses héritiers).*
- C'est un **élément de la personnalité juridique** : **toute personne a un, et un seul, patrimoine.**
- Le patrimoine est **un tout**, l'ensemble de l'actif répond du passif, c'est le **principe de l'unité du patrimoine** (voir ci-dessous).

II • La composition du patrimoine

A • L'actif

Il comprend l'ensemble des **droits patrimoniaux, c'est-à-dire ayant une valeur pécuniaire, pouvant être vendus et étant évaluables, cessibles et saisissables.** Les **droits extrapatrimoniaux** n'ont pas ces caractères, ils sont peu nombreux et correspondent souvent à des libertés *(droit de vote, droit au respect de son intégrité physique et morale, à l'honneur…).*

1 • Distinction entre biens corporels et biens incorporels

Les biens corporels correspondent à des **biens qui ont une existence matérielle, sont palpables physiquement.** Ils sont soit **consomptibles** – détruits dès leur première utilisation *(nourriture, matière première…)* – soit **non-consomptibles** – destruction après plusieurs utilisations *(un ordinateur).*

Ils sont soit **non-fongibles ou corps certain**, c'est-à-dire uniques, identifiés *(une voiture d'occasion, un tableau),* soit **fongibles ou chose de genre**, c'est-à-dire mesuré uniquement par leur qualité et leur quantité et susceptible d'être remplacé par un autre bien équivalent, interchangeables *(billet de banque, voiture neuve de série…).*

Les biens incorporels désignent des objets de droit qui n'ont **pas de réalité matérielle**, ils **correspondent** en fait **à des droits.**

On distingue :

- **le droit réel** qui est un pouvoir juridique reconnu à une personne et **portant directement sur un bien.** Il peut être **principal** (droit de propriété) **ou accessoire** (droit appartenant au créancier en vue de garantir le paiement de sa créance (12)

(hypothèque, gage). Ce droit réel confère un **droit de suite** (droit de récupérer le bien dans les mains de celui dans lesquelles il se trouve) et un **droit de préférence** (le titulaire peut faire valoir ses droits en priorité sur le titulaire d'un droit personnel) ;

- **le droit personnel** qui s'exerce à l'égard d'une personne. Du côté **actif**, il correspond à une **créance** qui permettra d'obtenir l'exécution des obligations du débiteur (pour le passif, voir B.)
- **le droit intellectuel**, qui correspond à un droit sur une activité créatrice, une œuvre de l'esprit : propriété industrielle *(brevet, marque)*, propriété littéraire et artistique *(roman, chanson)* (20).

2 • Distinction entre biens mobiliers et biens immobiliers

Cette **distinction** est **importante car elle influence** :

- **la compétence juridictionnelle** (4) pour les immeubles, le tribunal compétent sera celui du lieu où est situé l'immeuble) ;
- **les formalités de vente** : pour un immeuble, il faut un acte authentique (24) ;
- **les moyens de preuve** : en fait de meuble, possession vaut titre (17).

Les immeubles sont des **biens qui adhèrent au sol**, des choses **fixes qui ne peuvent pas être déplacées**. On distingue les immeubles :

- **par nature** : choses fixes, adhérant au sol *(terrains, bâtiments)* ;
- **par destination** : ce sont des meubles qui **prennent la qualification d'immeuble en raison des liens qui les relient à l'immeuble.** Le **lien** peut être **économique** *(animaux rattachés à une exploitation agricole)* **ou matériel**, détérioration de sa substance, de sa valeur lorsqu'on le détache *(cheminée, fenêtre)* ;
- **par l'objet auquel il s'applique** : biens incorporels ayant pour objet principal un immeuble : *hypothèque.*

Les meubles sont des **choses qui peuvent se transporter**. On distingue les meubles :

- **par nature** *(cartables, véhicules)* ;
- **par anticipation** : il s'agit d'immeubles destinés à devenir des meubles *(poires d'une récolte future vendue sur pied)* ;
- **par détermination de la loi** : tous les biens qui ne sont pas considérés comme immeuble par la loi *(actions, valeur mobilière, fonds de commerce, propriété industrielle...).*

B • Le passif

Il correspond à **l'ensemble des dettes de la personne** en tant que débiteurs de ses créanciers.

Cela se traduit en termes d'**obligations** que l'on distingue en :

- obligation **de donner** : obligation de transférer la propriété d'une chose ;
- obligation **de faire** : obligation par laquelle le débiteur s'engage à accomplir un fait positif, à exécuter une prestation quelconque *(livraison d'une chose, réparation)* ;

- obligation **de ne pas faire** : le débiteur s'engage à s'abstenir d'un fait *(non-concurrence, non-divulgation).*

La jurisprudence établit une autre distinction par rapport à la portée de l'obligation. Elle distingue :

- **les obligations de moyen**, quand le débiteur a promis de mettre son activité au service du créancier, tous les moyens nécessaires, mais sans garantir que tel ou tel résultat sera obtenu ;
- **les obligations de résultats**, lorsque le débiteur s'est engagé à obtenir un résultat déterminé.

On peut remarquer que **toutes les obligations de donner et de ne pas faire sont des obligations de résultat**, alors que **les obligations de faire peuvent être de moyens ou de résultat**. *Le médecin a une obligation de moyen alors que le transporteur a une obligation de résultat.*

L'intérêt d'une telle distinction se trouve au niveau de la preuve : si l'obligation est de résultat, le débiteur est présumé fautif en cas d'inexécution alors que pour l'obligation de moyens, la charge de la preuve revient au créancier qui devra démontrer que l'inexécution est due à la faute du débiteur (n'ayant pas mis en œuvre tous les moyens nécessaires). Ce qui n'est pas toujours évident ! En cas de conflit, il appartiendra au juge de trancher en se déterminant sur la volonté présumée des parties et du caractère aléatoire ou non du résultat attendu.

La valeur d'un patrimoine correspond donc à la valeur des actifs diminuée de la valeur de son passif. Cette valeur peut être négative, c'est la raison pour laquelle les héritiers peuvent refuser un héritage dans le cas d'une succession.

III. La garantie du patrimoine

Le code civil affirme que « **les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence** ». Cela signifie que le **patrimoine** d'une personne représente une **garantie pour ses créanciers**, l'actif répond du passif. On dit que le créancier a un **droit de gage général** sur les biens de son débiteur. Cela **lui permet de faire saisir l'ensemble des biens de son débiteur** si celui-ci refuse de remplir ses engagements.

En France, selon le **principe de l'unicité de patrimoine** (une personne a un et un seul patrimoine), un débiteur ne peut pas affecter seulement une partie de ses biens à une activité risquée (activité commerciale) comme le permettrait la **théorie d'affectation du patrimoine** (en vigueur en Allemagne). C'est donc l'ensemble de son actif qui répond à l'ensemble de son passif. Cela favorise les créanciers car ils n'ont pas à s'informer des différentes affectations effectuées mais pose des problèmes aux commerçants, d'où l'existence de certains aménagements (15).

En revanche, **tous les débiteurs ont le même droit de gage général** sur l'ensemble de l'actif, ce qui entraîne nécessairement des **problèmes si l'actif est insuffisant par rapport au passif ! D'où l'intérêt des sûretés** (voir fiche suivante) qui représentent les *causes légitimes de préférence.*

Les **créanciers chirographaires** sont justement les créanciers **non privilégiés**, c'est-à-dire qui n'ont **pas de sûretés, de garanties, de préférence, leur assurant un paiement prioritaire sur les autres**, ils n'ont que le droit de gage général. En cas d'insuffisance de l'actif, ils ne seront payés que « **au marc-le-franc** », c'est-à-dire qu'ils se partageront l'actif qui leur revient en fonction de la proportion que représente leur créance chirographaire par rapport à l'ensemble des créances chirographaires.

Il dispose cependant du droit de mettre en œuvre trois actions en vue d'agir sur le patrimoine de ses propres débiteurs :

- **L'action oblique** lui permet d'intenter une action au nom et pour le compte de son débiteur négligeant et insolvable, contre un débiteur de son débiteur.
- **L'action directe** (dont les conditions de mise en œuvre sont plus restrictives) lui permet de faire une action en son nom personnel contre le débiteur du débiteur *(action du sous-traitant contre le maître d'ouvrage : le client du donneur d'ordre).*
- **L'action paulienne** lui permet de demander en justice la révocation de tous les actes frauduleux ayant concouru à l'appauvrissement du débiteur et les biens ainsi récupérés ne bénéficieront qu'à lui.

De plus, la **saisie conservatoire** permet au créancier, s'il justifie d'un péril menaçant le recouvrement de sa créance, d'empêcher le débiteur de se dessaisir de ses biens mobiliers pour se rendre insolvable, jusqu'à ce que la dette soit exécutée. Mais le droit de gage général **dont dispose le créancier sur le patrimoine de son débiteur** peut s'avérer insuffisant **pour garantir une créance importante** si il y a concurrence entre plusieurs créanciers chirographaires.

C'est pourquoi la loi a prévu, pour le créancier, la possibilité de bénéficier de sûretés visant à garantir le recouvrement de sa créance ; il deviendra dans ce cas **créancier privilégié**. On distingue les sûretés réelles, portant sur des choses, des sûretés personnelles portant sur des personnes.

Les sûretés réelles

LES SÛRETÉS RÉELLES SONT DES **DROITS RÉELS ACCESSOIRES PORTANT SUR DES CHOSES.** ELLES CONFÈRENT UN **DROIT DE PRÉFÉRENCE** ET UN **DROIT DE SUITE** (11). EN CAS DE DÉFAILLANCE DU DÉBITEUR, CES SÛRETÉS PERMETTENT À LEURS TITULAIRES DE **FAIRE PROCÉDER À LA VENTE DE LA CHOSE ET DE SE FAIRE PAYER SUR LE PRODUIT DE CETTE VENTE PAR PRÉFÉRENCE AUX CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.** IL EST DONC NÉCESSAIRE D'INFORMER LES AUTRES CRÉANCIERS DE L'EXISTENCE DE TELLES SÛRETÉS **POUR** POUVOIR LES FAIRE-VALOIR : **LES OPPOSER AU TIERS.** D'OÙ LES **FORMALITÉS DE PUBLICITÉ** QUI S'IMPOSENT LORSQUE LA CHOSE GARANTISSANT LA CRÉANCE RESTE ENTRE LES MAINS DU DÉBITEUR. ON PARLE DANS CE CAS DE **SÛRETÉS SANS DÉPOSSESSION.**

I • L'hypothèque

Il s'agit d'une **sûreté réelle sans dépossession portant sur un immeuble** (ou un navire ou un avion). C'est une convention établie par **acte authentique** qui pour être opposable au tiers doit faire l'objet d'une publicité (enregistrement) à la conservation des hypothèques : **inscription sur le registre des hypothèques.**

L'hypothèque peut être consentie sur un même bien pour **plusieurs créances** ; dans ce cas, c'est le **rang d'inscription au registre des hypothèques** (date à laquelle l'hypothèque est inscrite et non pas date à laquelle elle est constituée : signature) qui indique **l'ordre de préférence** des différents créanciers hypothécaires.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a institué le **prêt viager hypothécaire** (ou hypothèque inversée) et l'**hypothèque rechargeable** pour faciliter l'octroie de crédit dans le but de maintenir le pouvoir d'achat.

Le **prêt viager hypothécaire** est un **crédit dont le capital et les intérêts sont remboursables « *in fine* »**, c'est-à-dire au moment du décès de l'emprunteur, la banque se remboursant sur la vente du bien immobilier hypothéqué (sauf si les héritiers préfèrent rembourser le prêt pour conserver le bien).

L'hypothèque rechargeable permet de garantir des crédits successifs à la consommation sans subir les coûts élevés liés au recours à l'hypothèque. Le principe est que l'**hypothèque initiale que l'emprunteur a consentie pour acquérir un immeuble est rechargée au fur et à mesure de ses remboursements.** Cela lui permet d'obtenir de nouveaux crédits (on parle de crédits rechargeables). Il suffit pour cela d'inclure une clause de recharge dans le contrat d'hypothèque initial, en précisant la limite du montant garanti. En revanche, pour chaque nouveau crédit il faudra un acte authentique et une publication pour être opposable aux autres créanciers. Par contre, tous les créanciers hypothécaires bénéficient du rang du jour de la publication de l'hypothèque initiale.

L'antichrèse correspond au cas particulier où **le créancier prend possession de l'immeuble appartenant au débiteur** et en perçoit les loyers qui viennent ainsi en déduction de la créance. C'est une sûreté conventionnelle avec dépossession.

II • Le gage

Il s'agit d'un **droit réel sur un bien mobilier corporel** ou un ensemble de biens mobiliers corporels, **présents ou futurs** affectés, par **convention écrite**, à l'exécution d'une obligation – elle aussi présente ou future – mais déterminable.

Il est en **principe avec dépossession**. Le débiteur remet le bien au créancier gagiste et ce dernier dispose d'un **droit de rétention** (droit de refuser de restituer la chose) jusqu'au paiement *(le mont-de-piété ou crédit municipal de Paris utilise cette sûreté pour garantir des crédits à des taux relativement bas accordés à des personnes peu solvables)*. **Le problème de la dépossession** est que le bien peut être utile au débiteur, voire nécessaire à l'exécution de son obligation lorsqu'il s'agit par exemple d'un bien de production d'une entreprise, **d'où l'intérêt du gage sans dépossession.**

La loi du 23 mars 2006 et un arrêté du 1er février 2007 ont donc élargi cette possibilité en retirant au contrat de gage son caractère réel (24). **La non-dépossession est remplacée par une formalité de publicité** (inscription sur un registre) pour que le gage puisse être opposable au tiers. Un décret établit une nomenclature des biens pouvant être donnés en gage sans dépossession. *Cela existait déjà pour certain biens comme les automobiles vendues à crédit (certificat de non-gage).*

Si le débiteur a constitué **plusieurs gages sans dépossession** sur le même bien, les créanciers sont **classés selon leur ordre d'inscription**. Si le débiteur a constitué un **gage sans dépossession et un gage avec dépossession**, le créancier bénéficiaire du gage **sans dépossession, qui a publié, est préféré** au créancier bénéficiaire du gage avec dépossession, **malgré le droit de rétention** car sa garantie est antérieure à l'autre.

III • Le nantissement

Il s'agit d'un **droit réel sur un bien mobilier incorporel** ou un ensemble de biens mobiliers incorporels, **présents ou futurs**, affectés, par **convention écrite** à l'exécution d'une obligation, elle aussi présente ou future, mais déterminable. **La nature incorporelle** du ou des biens sur lequel porte le nantissement **interdit toute dépossession, et** donc tout **droit de rétention**.

Le nantissement porte principalement sur le **fonds de commerce** (19) et (32), **les effets de commerce** (35), **les valeurs mobilières** *(actions, obligations)*.

Les règles applicables (publicité pour être opposable au tiers) sont les mêmes que pour le gage (sans dépossession) qui est, en fait, un nantissement (terme générique) portant sur un bien corporel. Un moyen efficace de garantir une créance née d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise est d'insérer dans ces contrats une **clause de réserve de propriété**, qui permet de faire entrer le bien dans le patrimoine du débiteur à une date différée, généralement lorsque le prix est complètement payé par l'acquéreur (28).

Les sûretés personnelles

Les créanciers disposant de sûretés réelles sont certes privilégiés par rapport aux créanciers chirographaires mais certaines créances *comme un crédit accordé à un particulier ou à une entreprise* peuvent dépasser le montant du patrimoine du débiteur (SARL à 1 € de capital) ou bien la valeur du patrimoine peut sensiblement se déprécier (entreprise en difficulté : (21) et (23), crise immobilière !).

De plus, certaines personnes comme le Trésor public ou les caisses de Sécurité sociale, disposent de privilèges généraux sur l'ensemble des biens de leurs débiteurs. Ces privilèges étant légaux (déterminés par la loi), ils n'ont pas à être publiés pour être opposables aux tiers et leur rang est souvent prioritaire.

Les sûretés réelles peuvent donc s'avérer insuffisantes pour garantir une créance, d'où l'intérêt des sûretés personnelles qui vont permettre au créancier de mettre en jeu le patrimoine d'autres personnes.

I • Le cautionnement

Le cautionnement est un **contrat par lequel une personne appelée caution s'engage envers un créancier à exécuter une obligation en cas de défaillance du débiteur principal**. Donc, même si la caution est choisie (et parfois payée) par le débiteur, le **cautionnement** est un **contrat entre la caution et le créancier** et non pas la caution et le débiteur entre lesquels il n'y a pas de contrat ou un contrat d'entreprise (*prestation de service*) (29).

A • Caution personnelle et caution réelle

La caution est **personnelle** lorsque **la caution exécute elle-même**, si besoin est, **l'engagement initialement prévu**. La caution est **réelle** s'il est offert, en garantie, l'**hypothèque sur un immeuble appartenant à la caution**.

B • Caution simple et caution solidaire

La **caution simple** profite du **bénéfice de discussion** (elle peut exiger du créancier qu'il poursuive, d'abord le débiteur sur ses biens) et du **bénéfice de division** (s'il existe plusieurs cautions pour une même dette, la caution poursuivie peut exiger que le créancier divise son action entre les différentes cautions, chacune pour sa part).

La caution solidaire ne profite ni du bénéfice de discussion ni du bénéfice de division. Elle offre donc l'avantage au créancier de pouvoir faire très rapidement **une seule action envers la caution la plus solvable** pour l'ensemble de l'obligation cautionnée et quelque soit la part de cette caution. Cette dernière peut se retourner ensuite contre les autres cautions, chacune pour sa part, par une **action récursoire**.

La **solidarité** doit être **stipulée si le cautionnement est civil**, elle est **présumée si le cautionnement est commercial**.

C • Formation et effets du cautionnement

Étant donné le risque contenu dans l'engagement de la caution, **le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès**, et on ne doit l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. **En principe**, il s'agit d'un **contrat consensuel** (25), **mais** dans un souci de protection de la caution, les **exceptions** sont nombreuses.

Le cautionnement d'un prêt, par acte sous seing privé, consenti par une personne physique, doit même comporter une **mention manuscrite** de la part de la caution lui faisant prendre conscience de l'importance de son engagement en cas de défaillance du débiteur principal.

Le **montant de la dette** comprend le **principal** et les **accessoires** : intérêts, frais, pénalités. Aussi, dans le cas d'un **cautionnement indéfini**, le créancier a une **obligation d'information** envers la caution **sur l'évolution du montant** de la dette.

Si la caution est une **personne physique**, il devra le faire **au moins une fois par an**, sous peine de déchéance (perte de la garantie de la caution) pour tous les accessoires de la dette. *Par exemple dans le cas d'un prêt à taux variable, l'établissement de crédit devra informer la caution de l'évolution du taux et de ses répercussions sur son engagement.*

Le **cautionnement** a un **caractère accessoire** à l'obligation principale du débiteur, en conséquence, il ne peut exister que sur une obligation valable. **La caution peut** ainsi **opposer au créancier toutes les exceptions aux paiements** qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. *(Lorsque le créancier n'a pas lui-même rempli ses obligations. Par exemple, le non-versement d'une deuxième tranche d'un prêt ou, dans le cas où le créancier a accordé au débiteur principal des remises de dette.)* (23)

Le cautionnement **prend fin avec l'extinction de la dette principale**.

La caution qui a payé en cas de défaillance du débiteur **a deux recours** possibles contre lui : un **recours personnel** et un **recours subrogatoire**. C'est-à-dire qu'il est **subrogé dans les droits du créanciers** : il bénéficie de tous les droits et garanties qu'avait éventuellement le créancier (hypothèque, gage…).

II • La garantie autonome

La garantie autonome est encore **plus contraignante qu'un cautionnement**. Elle correspond à l'engagement par lequel **le garant s'oblige**, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, **à verser une somme d'argent à un bénéficiaire soit à première demande** (il suffit qu'il le demande, sans condition), **soit suivant des modalités convenues** *(exiger du bénéficiaire une justification de sa mise en œuvre adressée au débiteur).*

Le garant, contrairement à la caution, **ne peut opposer aucune exception** tenant à l'obligation garantie. **L'obligation** du garant **n'est pas accessoire**, elle est indépendante de l'obligation garantie. Il ne s'engage pas à se substituer au débiteur de l'obligation mais à **verser une somme d'argent**.

La garantie autonome **ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit à la consommation**. En fait, les garants sont généralement des institutions financières et cette pratique est **fréquemment utilisée dans le cadre du commerce international** pour sécuriser les paiements en évitant les litiges internationaux : le fournisseur étant étranger et le garant souvent du même pays que le débiteur, l'éventuel recours du garant envers le débiteur relèvera d'un droit national.

En revanche, le garant n'est **pas tenu, en cas d'abus ou de fraude manifeste**, du bénéficiaire **et sauf convention contraire**, cette sûreté **ne suit pas l'obligation garantie** en cas de transfert de cette obligation.

III • La lettre d'intention

La lettre d'intention est **moins contraignante que le cautionnement**. Elle correspond à **un engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation** envers son créancier *(par exemple, une société mère s'engage à veiller à ce qu'une filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour rembourser un prêt.)*

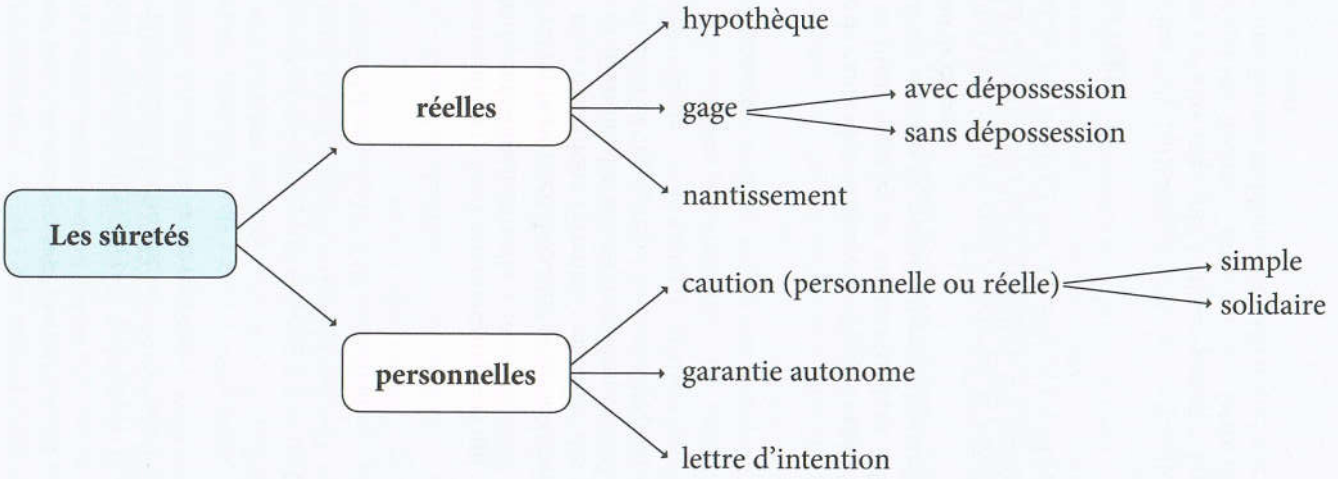
Selon le cas, il s'agit d'une **obligation de moyen ou de résultat** (11). **Si le souscripteur ne respecte pas son engagement**, la lettre fait naître au profit du bénéficiaire un **droit à indemnité**.

À NOTER : les sûretés personnelles sont des engagements qui n'ont aucune incidence si le débiteur principal honore lui-même ses engagements. En revanche, si les débiteurs principaux sont défaillants, elles peuvent avoir des conséquences financières très importantes, pouvant déstabiliser les souscripteurs.

Or elles n'apparaissent pas dans les comptes des entreprises, on les appelle d'ailleurs des engagements hors bilan et elles ne font même pas l'objet de publicité comme la plupart des sûretés réelles. C'est pourquoi depuis le plan comptable de 1982, la loi impose de les faire figurer dans les annexes.

Le droit des sociétés, toujours dans un souci de contrôle et de transparence, interdit d'ailleurs à la plupart des dirigeants des sociétés, de contracter seul de tels engagements au nom de la société et les interdit purement et simplement si elles sont au profit de ces dirigeants (conventions interdites).

Récapitulatif des garanties du crédit



Les commerçants, personnes physiques

Il y a plus d'un million de commerçants en France, ce sont donc les principaux acteurs de la vie des affaires.

Ils exploitent des entreprises individuelles qui n'ont pas de personnalité juridique propre. Ces entreprises se confondent donc avec la personne physique de l'entrepreneur unique à qui elles appartiennent.

Ces personnes physiques sont de vrais chefs d'entreprise, avec parfois plusieurs salariés. Ils prennent des risques inhérents à leur activité (*achat de marchandises*), doivent agir vite (passation de multiples contrats) et ont donc besoin d'un cadre juridique spécifique par rapport aux particuliers : c'est l'objet du droit commercial.

I • Définition

Art L. 121-1 du code de commerce : « **Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.** »

C'est donc l'activité exercée qui fait acquérir la qualité de commerçant. Pour être commerçant, il faut réunir les trois **conditions** suivantes : **effectuer des actes de commerce, de manière habituelle, professionnelle,** en tirer des revenus pour en vivre (ce qui exclut les actes occasionnels : *vente d'un bien par un particulier*) ; **pour son propre compte, exercer de manière indépendante** : ce qui exclut les salariés (lien de subordination).

II • Les actes de commerce

A • Par nature

L'art. L 110-1 du code de commerce énumère de manière exhaustive la liste des actes de commerce. Achat de biens meubles ou immeubles dans le but de les revendre, location de biens meubles, activités de manufacture (industrielles) ou de transport, opération de banque ou de change.

On peut dire qu'il s'agit d'actes de circulation de richesses accomplis par une entreprise dans le but d'en tirer un bénéfice. Il y a une jurisprudence importante pour déterminer le caractère commercial ou non d'une activité *(pharmacie, pépiniériste...)*.

B • Par la forme ou par l'objet

Pour pouvoir appliquer des règles particulières renforçant la sécurité nécessaire à certains actes, **la loi déclare que certains actes sont toujours commerciaux quelle que soit la qualité de la personne qui les effectue.** C'est le cas de la **lettre de change** (35) ; il en est de même pour **certaines formes juridiques de société** quel que soit leur objet : *SNC, SARL, SA, société en commandite.*

C • Par accessoire

Un commerçant peut effectuer des actes qui ne correspondent pas à des actes de commerce par nature : *achat d'une camionnette, d'un ordinateur sans le but de le revendre.* S'il le fait dans l'exercice et **pour le besoin de son commerce**, en suivant le principe selon lequel l'accessoire suit le principal, **la loi considère** qu'il s'agit d'**un acte de commerce par accessoire**. S'il le fait **en dehors de l'exercice de son commerce** (pour ses besoins personnels), ils resteront **civils**.

III • Les actes mixtes

De très nombreux **actes** sont **passés entre des commerçants et des non-commerçants,** des particuliers *(achats, location de biens)* : ces actes sont considérés comme des **actes de commerce pour les commerçants, les professionnels**, et des **actes civils pour les particuliers**, d'où leur appellation d'actes mixtes.

Pour protéger les non-professionnels, les particuliers, la loi édicte les règles suivantes.

En cas de litige :

- **si le demandeur est le commerçant**, il devra **obligatoirement porter l'affaire devant les tribunaux civils** car le particulier n'est pas censé connaître les règles en matière commerciale ;
- **si le demandeur est le non-professionnel**, il aura le **choix** d'assigner le commerçant, soit devant le **tribunal de commerce**, soit devant une **juridiction civile**.
- **En matière de preuve :**
- la preuve peut être **librement constituée par le non-commerçant contre le commerçant ;**
- **le commerçant devra apporter une preuve parfaite** (3) **contre le non-commerçant pour les actes dépassant 1 500 €.**

La prescription est de **dix ans** comme pour les actes de commerce. En revanche, **les clauses compromissoires** sont considérées comme **nulles.**

IV • Le principe de la liberté de commerce

Le principe de la liberté de commerce, comme celui de la liberté contractuelle et le droit de propriété, est **un fondement de notre organisation juridique et sociale depuis les textes révolutionnaires de 1791** *(décrets d'Allarde, loi Le Chapelier).*

Le libre accès à l'activité commerciale est donc un principe constitutionnel qui signifie que **tout commerce est autorisé** et que **le commerce est autorisé à toute personne** (ce qui n'est pas le cas pour l'artisanat et les professions libérales).

Cependant, **pour protéger** la société en général, le monde des affaires - fondé sur la confiance - et les commerçants eux-mêmes, **la loi va prévoir des exceptions.**

A • Les restrictions liées aux types d'activité

Les activités interdites

La distribution de stupéfiants ou autres substances illicites.

Les activités réglementées et contrôlées

Certaines activités nécessitent une **autorisation administrative préalable** : *débits de boisson, maisons de jeux, agences de voyages, grandes surfaces* ou le **respect de règles spécifiques strictes en cours d'exploitation** *(hygiène et sécurité et poids et mesure pour les commerces alimentaires).*

B • Les restrictions liées aux personnes

Les incapacités

Le **commerce** peut s'avérer être une **activité risquée**, aussi le **mineur même émancipé ne pourra pas être commerçant, il en est de même en pratique pour le majeur incapable** en **tutelle** ou en **curatelle**.

Les incompatibilités professionnelles

Pour **préserver l'indépendance** de certains professionnels, la **dignité de leur fonction** et les **empêcher d'utiliser des informations** dont ils ont accès **à des fins commerciales, la loi interdit à certaines professions le cumul** avec une activité commerciale : *fonctionnaires civils et militaires, officiers ministériels (notaires, huissiers), professions libérales (médecins, avocats, experts-comptables…).*

Les déchéances professionnelles

Il s'agit **d'interdictions d'exercer une activité commerciale** prononcées par les tribunaux à l'encontre de personnes ayant fait la preuve de leur indignité sociale ou de leur malhonnêteté dans le monde des affaires : **délinquants de droit commun** ou **dirigeants d'entreprise condamnés en faillite personnelle, ou encore frappés d'une interdiction d'exercice.**

Le cas des étrangers

Les étrangers **peuvent librement exercer une activité commerciale** sous réserve de **réciprocité législative**, c'est-à-dire que dans le pays dont l'étranger est ressortissant, un Français puisse être librement commerçant. Pour les étrangers hors Union européenne, hors espace économique européen et qui n'ont pas de carte de résident, il leur suffit, depuis la loi de 24 juillet 2006, de faire une simple déclaration au préfet du département dans lequel il envisage d'exercer son activité.

V • Les conséquences du statut de commerçant

A • Un droit et une juridiction spécifiques

Les commerçants, dont la principale activité est d'acheter pour revendre et de passer de très nombreux contrats, s'accommodent mal des contraintes du droit civil notamment en matière de preuve. C'est pourquoi **un acte de commerce peut être prouvé par tous moyens** (3).

Le code de commerce contient de nombreuses dérogations correspondant aux besoins spécifiques du monde des affaires *(clauses compromissoires, délais de prescription plus courts…)*.

L'activité commerciale est risquée, **le commerçant peut** donc **bénéficier des dispositions relatives aux entreprises en difficulté** (21 à 23).

Les commerçants sont jugés par leurs pairs : le tribunal de commerce est une juridiction consulaire, les juges sont des commerçants élus par les commerçants.

B • Des obligations

- Inscription au RCS.
- Tenue d'une comptabilité.
- Obligations fiscales spécifiques : l'entreprise individuelle n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle de la personne physique de l'entrepreneur, c'est lui qui est redevable des impôts et taxes liés à l'activité : BIC, TVA, taxe professionnelle.

Patrimoine et conjoint du commerçant

I • Le patrimoine

L'activité commerciale est plus risquée que celle d'un particulier, salarié par exemple. Or comme toute personne physique, il n'a qu'un et un seul patrimoine (unicité de patrimoine (11) sur lequel les créanciers ont un droit de gage général.

L'entreprise individuelle n'ayant pas de personnalité juridique, **c'est le patrimoine personnel de l'entrepreneur qui sert de gage à son activité professionnelle pour laquelle sa responsabilité est totale et indéfinie**. Cela va l'inciter à limiter sa prise de risque et donc à limiter le développement de son activité (et donc la croissance économique).

D'où l'évolution de la législation, qui, sans revenir sur la notion d'unicité du patrimoine, va proposer des solutions pour préserver une partie du patrimoine personnel de l'entrepreneur sans qu'il n'ait plus besoin de recourir à des **pratiques hasardeuses** comme la constitution de **sociétés fictives** ou de mettre la plupart de ses **biens au nom de son conjoint** (ce qui peut s'avérer périlleux en cas de divorce).

Ainsi, la loi du **11 juillet 1985** a instituée la **SARL unipersonnelle** qui a une **personnalité** et un **patrimoine distincts de ceux de l'associé unique**.

Cette forme de société permet de combiner l'avantage de ne pas partager le pouvoir de décision et d'avoir une **responsabilité limitée aux apports**.

En revanche, elle nécessite un plus grand formalisme qui entraîne un coût de fonctionnement plus important pouvant rebuter certains commerçants. De plus, le capital social pouvant être très faible (1 € depuis la loi du 6 août 2003), **l'associé unique est souvent appelé comme garantie** (caution, par exemple) pour les prêt contractés par la société (13). Depuis la loi pour l'initiative économique du **1er août 2003**, le commerçant a la possibilité, en tant qu'entrepreneur individuel, **de déclarer insaisissable par acte notarié sa résidence principale, pour des créances professionnelles**.

La loi du 4 août 2008 a étendu le champ d'application des biens pouvant être déclarés insaisissables à **tout bien foncier bâti ou non bâti, qui n'est pas affecté à un usage professionnel**.

II • Le conjoint du commerçant

A • L'incidence du choix du contrat de mariage sur la protection du patrimoine du conjoint non-commerçant

Il est clair qu'il faut éviter les contrats instituant une communauté de biens, donc **bannir le régime de communauté universelle** et accepter le **régime de droit commun qui instaure une communauté réduite aux acquêts**.

Il faut préférer le régime de séparation de biens (ou sa variante de participation aux acquêts) qui n'expose pas les biens du conjoint non-commerçant aux dettes du conjoint commerçant.

En cas de **PACS** (pacte civil de solidarité), **le commerçant supporte seul les dettes professionnelles** et seuls les biens lui appartenant et la moitié des biens indivis (appartenant aux deux) peuvent être poursuivis par les créanciers personnels du commerçant.

B • L'incidence du choix du contrat de mariage sur l'autonomie de décision du conjoint commerçant

Il faut se demander si le fonds de commerce est un bien propre ou un bien commun.

Si c'est un **bien commun**, le conjoint commerçant a **tous les pouvoirs** en tant que chef d'entreprise **pour accomplir seul tous les actes d'administration et de disposition nécessaires à l'activité commerciale.**

Il faudra cependant le **consentement des deux époux pour les actes de dispositions portant sur le fonds de commerce. Les résultats de l'exploitation entrent en communauté** : bénéfices comme pertes.

Si c'est un **bien propre, l'époux qui dispose du bien l'administre et en dispose librement.** En cas de régime légal, les résultats de l'exploitation, considérés comme des acquêts, entrent en communauté et le commerçant engage non seulement ses biens propres mais aussi les revenus d'exploitation et les biens communs.

En cas de **PACS**, si le **fonds** est **acquis avant** la conclusion du PACS, ce dernier n'a **aucune incidence sur la gestion de fonds.** Dans le **cas contraire**, le fonds est la propriété exclusive de l'acquéreur sauf si les partenaires choisissent de se soumettre au régime de l'indivision.

Les actes d'administration et de disposition requièrent le consentement des deux lorsqu'ils sortent de l'activité normale du fonds *(cession du fonds par exemple).*

C • Le statut du conjoint du commerçant

Le conjoint non-commerçant, souvent la femme, travaillait durement dans le commerce de son mari sans avoir d'existence juridique. Au décès de son mari, elle **se trouvait aussi démuni que si elle n'avait jamais travaillé.**

C'est pourquoi la **loi du 10 juillet 1982** a offert au conjoint du commerçant le choix entre **trois statuts : conjoint collaborateur, conjoint associé, conjoint salarié.**

Le statut de conjoint collaborateur permet au conjoint de cotiser en vue d'une retraite de travailleur indépendant même en l'absence de rémunération. La couverture sociale est certes moins importante que le statut de salarié (pas d'indemnisation chômage), mais les cotisations sont moins élevées. Il n'est pas nécessaire de constituer une société comme pour le statut du conjoint associé. Le choix de ces statuts est aussi offert aux personnes vivant maritalement (en concubinage).

Mais **ces possibilités ont été peu suivies d'effet** et la situation du conjoint évoluait peu, c'est pourquoi **la loi du 2 août 2005 a rendu obligatoire le choix de l'un de ces statuts** pour le conjoint travaillant dans l'entreprise familiale.

Les autres professionnels de la vie des affaires

I • Les artisans

A • Définition

Légalement, les artisans sont des **personnes physiques ou morales qui n'emploient pas plus de dix salariés et qui exercent, à titre principal ou secondaire, une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat** (liste établie par décret). Les artisans **vendent essentiellement des produits issus de leur travail.**

Contrairement au commerçant (14), **l'artisan doit posséder une qualification professionnelle** (CAP) pour pouvoir exercer son activité, sous peine de sanction pénale. **L'entrée dans la profession n'est donc pas libre**, c'est cette qualification qui assure que l'artisan maîtrise les « règle de l'art » de sa profession pour assurer un travail manuel de qualité : *coiffeur, boulanger, boucher, plombier...*

Pour la jurisprudence, il faut remplir les **quatre conditions** suivantes :

- **exercer de manière indépendante et à titre professionnel** une activité artisanale ;
- **avoir une entreprise de taille modeste** : moins de dix salariés (environ). Il est interdit à l'artisan de spéculer sur la main-d'œuvre ;
- **réaliser un travail manuel** (une trop grande mécanisation est donc incompatible, les produits doivent être personnalisés) ;
- **ne pas faire d'acte de commerce** sans rapport avec son activité, ou, le cas échéant, ces actes doivent représenter une part infime du chiffre d'affaires. Il est **interdit à l'artisan de spéculer sur les marchandises, son revenu doit provenir principalement de son travail.**

B • Statut

L'artisan est inscrit et immatriculé à la Chambre des métiers qui tient le répertoire des métiers. Son numéro d'immatriculation doit figurer sur tous les documents professionnels. Il échappe au droit commercial et est donc **soumis au droit civil en matière de preuve, de règlement des litiges et de prescription. Les règles de la comptabilité commerciale ne lui sont pas applicables.**

Mais il partage avec le commerçant :

- **le régime fiscal et social** *(régime des travailleurs indépendants, BIC, IR, TVA...)* ;
- **les règles du fonds de commerce et du bail commercial** (19) ;
- **le bénéfice de la procédure relative aux entreprises en difficulté.**

Par ailleurs, du fait de l'industrialisation, la frontière entre artisans et commerçants n'est pas toujours évidente car de nombreux artisans, **parallèlement à leur activité artisanale, achètent et revendent des produits qu'ils ne fabriquent pas, ou plus, eux-mêmes**

(conserves, produits d'entretien, petits équipements). Si cette activité devient trop importante ou s'éloigne de sa spécialité, l'artisan devra alors **cumuler les deux statuts, d'artisan et de commerçant**, et respecter les obligations qui découlent de ces statuts.

II • Les professions libérales

A • Définition

Il n'y a **pas de définition légale** des professions libérales, c'est l'**INSEE** et la **jurisprudence** qui ont déterminé les caractères déterminants de ces professions **très variées** : *expert-comptable, avocat, notaire, médecin, architecte...* **Les caractéristiques de ces professions sont les suivantes** :

- **exercer de manière indépendante**, pour son propre compte ;
- **fournir une prestation intellectuelle** ;
- **correspondre à une activité civile** : le service à autrui prime sur la considération du profit dans ce type d'activités.

Pour des raisons analogues aux artisans, **l'entrée dans la profession n'est pas libre** : il faut posséder un **diplôme d'étude supérieure** permettant l'exercice de telles professions.

B • Statut

Les professions libérales sont **civiles** et soumises aux règles civiles.

Elles sont imposées au titre des bénéfices non commerciaux (**BNC**).

Elles doivent **respecter des règles déontologiques** édictées par les différents ordres professionnels (sanctions professionnelles).

Mais **la distinction entre professions libérales et activité commerciale évolue**, dans la mesure où, pour des raisons économiques *(importance des investissements dans l'imagerie médicale ou nécessité de se regrouper pour bénéficier du travail collectif pour les professions comptables et juridiques)*, la loi du 31 décembre 1990 a autorisé la **création de sociétés commerciales adaptées à ces professions (les SEL)**.

Une autre évolution concerne la **reconnaissance de leur clientèle civile** à l'image de la clientèle commerciale entrant dans le fonds de commerce (19). L'*intuitu personae*, c'est-à-dire le rôle essentiel joué par la personnalité du professionnel libéral *(médecin)* dans la relation avec ses clients, **a longtemps interdit la cession de clientèle civile. La jurisprudence** et les ordres professionnels reconnaissent la possibilité d'un transfert de clientèle par des conventions de présentations, et depuis un arrêt du 7 novembre 2000 la Cour de cassation **admet la licéité de la cession d'une clientèle civile et reconnaît la notion de fonds libéral**, à la condition que la faculté de choix des clients soit préservée.

Enfin, depuis la loi du 26 juillet 2005, les professions libérales **peuvent bénéficier de la procédure relative aux entreprises en difficulté**.

III • Les agriculteurs

A • Définition

L'agriculteur est une personne qui :

- **exerce une activité agricole ;**
- **est titulaire d'un titre de jouissance** qui lui donne le pouvoir d'exercer l'activité agricole **sur le bien foncier** ; ce qui exclut les salariés agricoles et les aides familiales.

Les activités agricoles correspondent à la **maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal** et constituent une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ainsi que les **activités exercées par un exploitant agricole, qui sont dans le prolongement de l'acte de production ou qui ont pour support l'exploitation.**

Il faut donc qu'il y ait soit une véritable valeur **ajoutée dans le cycle agricole**, soit que l'activité corresponde au **prolongement d'une activité agricole** *(vente de produits faits maison)* **ou qui ont pour support l'exploitation agricole** *(tourisme à la ferme par exemple).*

Le **titre de jouissance** peut revêtir **trois modalités** :

- L'agriculteur est **propriétaire** de bien foncier qu'il exploite.
- Il en est **usufruitier** (18).
- Il en est **locataire**. On distingue alors **deux types de baux** : le **bail à ferme ou fermage** (l'agriculteur, le fermier, verse au propriétaire une **rémunération fixe**), ou le **bail à métayage** (l'agriculteur, le métayer, verse au propriétaire une part en nature des produits de l'exploitation).

B • Statut

Comme d'autres secteurs, l'agriculture a connu une **forte mécanisation**, qui a entraîné un **exode rural** très important : elle ne représente plus que **3 % des emplois** en 2007.

L'agriculture européenne a été victime de son succès en faisant apparaître des **surplus agricoles**. Ces surplus entraînent une pression à la **baisse des prix de production** qui représentent le **revenu des agriculteurs**. Or l'agriculture est un **secteur stratégique** (indépendance alimentaire) et joue un rôle crucial dans l'**aménagement du territoire**.

De plus, du fait de la prise en compte partielle de l'exode rural dans le découpage des circonscriptions, les ruraux jouissent d'une **sur-représentation au Parlement. Par conséquent, le statut d'agriculteur permet de bénéficier d'aides** non négligeables et souvent justifiées *(prêt à taux réduits, subventions dans le cadre de la PAC).* C'est pourquoi **seuls les exploitants effectifs** (propriétaires exploitants, fermiers et métayers) **ont la qualité d'exploitants agricoles** ; le bailleur à ferme et le nu-propriétaire ne l'ont pas.

Comme pour les professions libérales, **l'évolution des modes de production** nécessite de plus en plus de capitaux. Les agriculteurs sont donc **incités à se regrouper sous forme de sociétés**. En 1988, un registre de l'agriculture, fonctionnant comme le RCS (registre du commerce et des sociétés), a même été créé.

L'industrialisation des modes d'exploitation *(achat d'engrais, de semences : OGM ou non, de produits pour l'élevage)* et la **diversification des activités** *(tourisme à la ferme)*, dus à la baisse des revenus agricoles, **rendent de plus en plus perméable la délimitation entre activités agricoles et activités commerciales**. Ainsi, même si **par principe l'agriculteur relève toujours du droit civil**, les **tribunaux** ont été amenés à **qualifier certaines activités agricoles en activités commerciales** *(achat de bête pour les revendre)* et il est **possible** à l'agriculteur, si ses activités annexes tendent à trop se développer, **de cumuler les deux statuts**.

L'agriculteur est **assujetti à l'IR** au titre des bénéfices de l'exploitant agricole, le **taux de TVA est réduit**.

Les agriculteurs **peuvent bénéficier de la procédure relative aux entreprises en difficulté, mais c'est le TGI qui est compétent** et non le tribunal de commerce. Enfin, la loi du 5 janvier 2006 a instauré **l'existence juridique d'un fonds agricole**.

La propriété : définition, caractères et acquisition

I • Définition et attributs du droit de propriété

A • Définition

Le droit de propriété correspond au **droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue**, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé, par les lois ou les règlements (art 544 du CC).

B • Les trois attributs du droit de propriété

L'*usus* : le droit d'utiliser, de jouir de la chose.

Le *fructus* : le droit de bénéficier, de jouir des fruits de la chose.

L'*abusus* : le droit de disposer de la chose : la céder, la donner ou la détruire.

II • Les caractères du droit de propriété

Le droit de propriété est **un des fondements de notre système économique et juridique.** Il est **inscrit dans la Constitution** : il est donc très **protégé par principe, mais** pour des raisons d'intérêt général ou de voisinage, **il existe des exceptions.**

- **Le caractère absolu** : il n'est **limité que par la loi** (règles d'urbanisme) et par l'obligation qu'a son titulaire de ne **pas causer un dommage à autrui** par l'abus de droit et les troubles anormaux de voisinage. L'abus de droit consiste à **utiliser son droit dans l'unique but de porter préjudice à autrui** : construire une fausse cheminée pour boucher la vue d'un voisin. Dans ce cas, **le juge peut demander la cessation de l'abus de droit et ordonner des dommages et intérêts.** Les troubles anormaux du voisinage correspondent *aux gênes par le bruit, les odeurs, les fumées...* **Si cette gêne dépasse une limite tolérable, les tribunaux peuvent ordonner la cessation de la nuisance et accorder des dommages et intérêts** au voisin victime de ces nuisances, sauf si elles proviennent d'une exploitation industrielle ou agricole existant avant l'installation du voisin incommodé.
- **Le caractère exclusif** : un bien n'a qu'un seul propriétaire. Quelques exceptions cependant : **la mitoyenneté, la copropriété ou l'indivision.**
- **Le caractère perpétuel** : la propriété dure aussi longtemps que la chose sur laquelle elle porte ce qui explique qu'elle peut se transmettre par voie de succession. **Exceptions : expropriation pour cause d'utilité publique, nationalisation.**

III • L'acquisition de la propriété

En principe, elle se fait par acte juridique mais elle peut aussi se faire par fait juridique.

A • Par acte juridique

Contrat de vente, donation, apport en société, testament sont des actes qui transfèrent la propriété d'un bien.

B • Par fait juridique

Principe : « **En fait de meuble, la possession vaut titre.** », article 2276 du CC. La possession ne peut porter **que sur des meubles corporels**, c'est-à-dire des meubles susceptibles d'appropriation physique. La mise en œuvre de cet article repose sur l'existence de **deux éléments** :

- **le *corpus*** qui consiste à effectuer des actes matériels sur la chose : utiliser la chose, l'entretenir ;
- **l'*animus*** qui représente l'élément intentionnel qui fait que le possesseur se « sent propriétaire ».

Il faut aussi la réunion de **quatre caractères. La possession doit être** :

- **continue** : faire un usage régulier et normal de la chose ;
- **publique** : le possesseur doit se comporter en public comme le véritable propriétaire ;
- **non équivoque** : il ne doit pas y avoir d'ambiguïté sur le comportement du possesseur ;
- **de bonne foi** : le possesseur a dû entrer en possession de la chose en croyant qu'il en devenait le véritable propriétaire.

Pour le cas d'un objet perdu ou volé, le propriétaire pourra le revendiquer (**action en revendication**) auprès du possesseur de bonne foi dans un **délai de trois ans** après la perte ou le vol. **Le possesseur** de bonne foi **a le droit à un remboursement, par le propriétaire, du prix payé pour l'acquisition du meuble** lorsque cet achat a eu lieu dans une foire, un marché, une vente publique ou auprès d'un marchand. Le propriétaire ayant été éventuellement indemnisé par son assurance. **Le voleur ou le receleur** n'étant évidemment pas de bonne foi, ils ne sont pas des possesseurs et **devront rendre le bien sans aucune indemnisation.**

Il en est de même pour la personne ayant trouvé le bien – l'inventeur – et la prescription de l'action en revendication dans ce cas est de trente ans.

L'étendue du droit de propriété

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ A BIEN UN CARACTÈRE ABSOLU, MAIS LA VIE EN SOCIÉTÉ IMPOSE CERTAINES RESTRICTIONS. ON PARLE DE SOCIALISATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

I • L'objet du droit de propriété

A • La dimension spatiale

« **La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous** ». Le propriétaire pourra donc *couper les racines du voisin passant sous sa propriété (le tréfonds) et lui faire couper des branches passant au-dessus…*

Mais ce principe est fortement limité : *nécessité d'un permis de construire pour élever ou transformer des bâtiments, réglementation des fouilles archéologiques. La propriété du sol ne donne pas droit aux richesses minières, son droit est limité sur les sources d'eaux.*

B • La dimension temporelle : l'accession

« **La propriété d'une chose donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement** ».

Les choses sont plus complexes **lorsque c'est une personne qui a apporté un bien.** Selon le **principe du droit d'accession, toute construction devient la propriété du propriétaire du fonds, il peut soit les garder, soit obliger celui qui les a construits à les retirer. Dans le cas d'une construction,** s'il **décide de la conserver** il devra verser une **indemnité au constructeur** (valeur des matériaux et de la main-d'œuvre), **mais il peut aussi exiger** (sauf si le constructeur croyait être le propriétaire du terrain, ce qui est rare), **la démolition** et la remise en état de son terrain **à la charge du constructeur.**

Dans le cas de réparations ou d'améliorations, tout dépend de la nature et de l'utilité des impenses, c'est-à-dire des dépenses faites pour la conservation, l'amélioration ou l'embellissement d'une chose. Si les impenses sont **indispensables, le propriétaire est obligé de rembourser le coût des travaux,** nécessaires à la conservation de son immeuble *(réfection d'une toiture défectueuse par le locataire).*

Si les impenses sont **somptuaires** *(le locataire transforme la salle de bains de manière très luxueuse)* le propriétaire **peut exiger la suppression des travaux** et demander des dommages-intérêts pour les détériorations commises ; en aucun cas il ne sera contraint de verser une indemnité.

Si les impenses sont **utiles,** le propriétaire pourra **rembourser soit le coût des travaux soit le montant de la plus-value** apportée à l'immeuble.

II • Les servitudes

A • Définition et caractéristiques

La servitude est une **charge imposée à un immeuble, le fonds servant, au profit d'un autre immeuble appartenant à un propriétaire distinct, le fond dominant.** Les deux propriétés privées, fonds dominant et servant, doivent appartenir à des **propriétaires distincts.** Elle est attachée à la propriété et non au propriétaire, elle se vend donc avec le fonds car **la servitude s'établit au profit des biens et non des personnes.**

B • Diversité et régime juridique

Pour tenir compte de la très grande variété des situations, il existe une grande diversité de servitudes appartenant à différentes catégories juridiques. On distingue celles qui n'ont pas besoin de l'intervention humaine, les **servitudes continues** *(servitude de canalisation)* de celles qui en ont besoin, les **servitudes discontinues** *(servitude de passage ou de puisage).* On distingue celles qui sont **apparentes,** *(droit de clôture, servitude de vue),* de celles qui sont **non-apparentes** *(canalisations).* On les distingue en fonction du **caractère privé ou public des intérêts qu'elles visent à protéger** *(droit de préemption d'une mairie).*

C • Régime juridique

Une servitude peut **naître d'une disposition légale ou contractuelle** ou résulter d'un **usage de plus de trente ans.** Elle est **perpétuelle** (sauf convention contraire) mais **prend fin en cas d'impossibilité d'exercice** *(le puits est à sec)* **ou en cas de confusion** : la même personne devient propriétaire du fonds dominant et du fonds servant.

III • L'usufruit : la propriété démembrée

Le démembrement du droit de propriété entre ses différents attributs – *usus, fructus* et *abusus* – **permet de créer des combinaisons intéressantes et répondant à des problèmes spécifiques,** *tels que la protection du conjoint survivant lorsqu'au décès de son conjoint la maison dans laquelle il vit devient la propriété des enfants (succession en ligne directe).* Le démembrement **peut être légal** *(lors d'une succession)* **ou conventionnel** *(contrat).*

L'**usufruit** est constitué de l'usus et du fructus. Il donne donc le **droit d'utiliser la chose et de bénéficier de ses fruits.** En contrepartie, l'usufruitier a l'**obligation d'entretenir la chose et de l'utiliser « en bon père de famille ».** Le **nu-propriétaire** possède l'abusus, donc le droit de disposer, de céder la chose. Il **doit assurer les grosses réparations. L'usufruit est toujours temporaire,** il ne dure que jusqu'à la **mort du premier titulaire** (trente ans pour les personnes morales) ou à l'**échéance fixé par le contrat. Le nu-propriétaire retrouve alors tous les droits d'un propriétaire.**

L'usufruit comme la nue-propriété **peuvent être cédés séparément** et leur valeur respective varie de manière inversement proportionnelle en fonction de l'âge de l'usufruitier ou du nombre d'années restant à courir par rapport à l'échéance fixée par le contrat.

Le fonds de commerce et la propriété commerciale

UN COMMERÇANT NE PEUT PAS VIVRE SANS CLIENTS ET LE FAIT DE POSSÉDER UNE CLIENTÈLE IMPORTANTE PEUT REPRÉSENTER UNE VALEUR PATRIMONIALE NON NÉGLIGEABLE ENTRANT DANS LE PATRIMOINE DU COMMERÇANT.

LE DROIT COMMERCIAL TIENT COMPTE DE CES ASPECTS, D'UNE PART EN INSTITUANT LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE ET D'AUTRE PART EN PROTÉGEANT SES ÉLÉMENTS.

I • Le fonds de commerce

A • Composition

Le fonds de commerce est un **ensemble d'éléments incorporels** : nom commercial, enseigne, droits de propriété intellectuelle (20), droit au bail, **et d'éléments mobiliers corporels** : matériel *(chaises, table, vaisselle pour un bar)*, outillage, stock de marchandises, **qu'un commerçant regroupe et organise dans le but d'attirer la clientèle et de la conserver face aux concurrents**.

Donc, **l'élément essentiel pour l'existence d'un fonds de commerce est la clientèle. Sans clientèle, pas de fonds de commerce.**

La clientèle n'est pas vraiment un élément du fonds de commerce mais elle en constitue sa finalité. Elle ne peut pas être cédée isolément car sa disparition entraînerait celle du fonds de commerce.

On distingue les **clients**, qui sont attirés par la personne ou par l'activité du commerçant, et les **chalands** (clients de passage) intéressés par l'emplacement du fonds.

Il y a une jurisprudence abondante sur le problème de l'existence ou non d'une clientèle car **les enjeux pour le commerçant sont importants**, la réponse conditionnant l'existence ou non de son fonds. **L'existence est appréciée souverainement par les tribunaux à partir d'un faisceau d'indices** : le nombre de clients est indifférent mais **la clientèle doit être personnelle au commerçant.**

Ainsi, il a été jugé que **ceux qui exercent dans l'enceinte d'une autre entreprise** (*hall de gare, parking d'un centre commercial*) **n'ont pas de clientèle propre** et donc pas de fonds de commerce.

La question se pose aussi pour **ceux qui exercent sous le nom d'une autre enseigne** comme les **concessionnaires** ou les **franchisés** : un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 octobre 2000 a jugé que le **franchisé avait bien une clientèle autonome et distincte de celle de franchiseur**.

B • Nature

Le fonds de commerce constitue une **universalité de fait**. C'est-à-dire que l'ensemble des biens qui le composent permet de créer un **bien distinct des éléments qui le composent** et donc d'avoir un **régime différent**. Les biens qui le composent peuvent être cédés séparément, sauf si la cession entraîne la disparition de la clientèle et donc du fonds de commerce lui-même.

Le fonds de commerce est un **bien meuble incorporel**. **Meuble**, par **opposition aux « murs »**. Les biens immobiliers dans lesquels exerce le commerçant n'entrent pas dans le fonds de commerce. **Incorporel**, et cela malgré les biens corporels entrant dans sa composition, **car il constitue une réalité distincte des éléments qui le composent**, sa valeur ne correspond pas à la somme de la valeur de ces biens (effet de synergie). **On ne peut donc l'acquérir par possession**.

II • La propriété commerciale : la protection du bail commercial

Le lieu d'habitation représentant un bien de première nécessité pour les ménages, il existe des dispositions spécifiques concernant les baux d'habitation dans le but de protéger les locataires.

Pour un commerçant, **le lieu d'exercice de son commerce est primordial** car il a généralement un marché local, de proximité. **S'il est contraint de changer de lieu**, il y a un risque non négligeable de **perte de clientèle et donc d'activité**, de richesse créées, de revenu, de valeur du fonds de commerce et éventuellement perte d'emploi pour ses salariés.

C'est pourquoi **la loi va protéger les baux commerciaux** de manière encore plus forte que les baux d'habitation.

Cette protection, au bénéfice du commerçant bien sûr, va, dans les faits, quasiment interdire au propriétaire des murs d'obliger le commerçant à quitter les lieux ou à faire pression sur lui pour qu'il le fasse.

A • Conditions d'application

Sont concernées les entreprises qui exercent une **activité industrielle, commerciale mais aussi artisanale**.

Les professions libérales sont en principe soumises au régime des baux professionnels mais **peuvent, en accord avec le bailleur, se placer sous le régime des baux commerciaux**.

En revanche, **certaines locations de local commercial ne sont pas soumises à ce régime** : il s'agit de locations de courte durée, bail précaire de moins de deux ans, **locations saisonnières**.

B • Le régime

La **durée initiale** est **relativement longue** : elle est au **minimum de neuf ans**. Elle peut être supérieure mais pas d'une durée indéterminée. En fait, le locataire peut, sauf clause contraire, le résilier à l'expiration d'une période triennale, d'où l'appellation de ces **baux 3 - 6 - 9**.

Si le **loyer initial est libre** (loi du marché) **ainsi que le montant du « pas-de-porte »** (somme visant à dédommager le bailleur des contraintes des baux commerciaux), **son augmentation** qui pourrait être un moyen de pression pour le propriétaire de faire partir le locataire, **est encadrée**.

En principe, **la révision du loyer est triennale** (ou a lieu lors du renouvellement du bail). **Son augmentation ne doit pas dépasser la variation de l'indice INSEE du coût de la construction**, mais il y a des exceptions :

- **si la valeur locative du local a fortement augmenté**. C'est le cas par exemple lorsque le quartier où il est situé connaît des transformations très favorables au chiffre d'affaires de l'entreprise *(zone piétonne, centre commercial, salle de spectacle...)* ou si le propriétaire a réalisé d'importants travaux ;
- **si une clause du bail prévoit** que le loyer sera indexé sur les recettes de l'exploitant (même annuellement) ou sur un autre indice ayant un rapport avec son activité.

En cas de litiges sur le loyer, c'est le TGI qui est compétent.

Si le locataire cède son fonds de commerce, la cession du bail est toujours permise, c'est un élément du fonds de commerce, **toute clause contraire est réputée non inscrite (nulle)**.

La sous-location, en revanche, est interdite sauf clause contraire ou accord du propriétaire. Il en est de même pour la déspécialisation du bail, c'est-à-dire le changement de spécialisation. Le bail commercial est rarement « tout commerce » et indique généralement l'activité ou le type d'activité pouvant être exercé dans les locaux. En effet, le type d'activité a un impact sur la dégradation des lieux et sur l'environnement *(poissonnerie et librairies)*. Une distinction est faite notamment entre les « métiers de bouche » *(alimentation)* et les autres. La déspécialisation peut entraîner le déplafonnement du loyer.

III • Le droit au renouvellement

Si ni le propriétaire ni le locataire n'interviennent, l'ancien bail se poursuit tacitement. En principe, **dans les six mois qui précèdent la fin du bail, le locataire ou le bailleur doivent, par acte d'huissier** (ce qui montre l'importance de la chose) :

- pour le locataire, **demander le renouvellement du bail**. Dans ce cas, le propriétaire dispose de trois mois pour accepter ou refuser, en proposant une nouvelle offre ou en précisant les motifs de son refus (toujours par acte d'huissier), s'il garde le silence, le principe du renouvellement du bail est alors réputé acquis ;
- pour le propriétaire, **signifier un congé** avec offre de renouvellement en indiquant les conditions et notamment le loyer du nouveau bail ou alors refuser le renouvellement en précisant les motifs.

En cas de non-renouvellement, le bailleur devra verser au locataire une **indemnité d'éviction** sauf s'il prouve un motif grave et légitime à l'encontre du locataire : *non-exploitation du fonds, non-respect d'une obligation ou si le fonds doit être détruit car insalubre et dangereux.*

Cette indemnité prend en compte l'ensemble du préjudice subit réellement par le locataire en raison du non-renouvellement et en particulier la **valeur vénale du fonds augmentée des frais de déménagement et de réinstallation.** Elle est en fait tellement élevée que peu de propriétaires refusent le renouvellement, ce qui est l'objectif de la loi ! Le bailleur a d'ailleurs quinze jours pour revenir sur sa décision, une fois la valeur de l'indemnité fixée (droit de repentir) et accorder le renouvellement.

Le propriétaire peut cependant prouver que le préjudice réel du locataire est plus faible car il n'y a pas de perte de clientèle *(dans le cas, par exemple, d'une réinstallation à proximité et dans un local équivalent).*

La propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle repose sur des biens incorporels, dont la valeur ne dépend pas de leur éventuel support : procédé d'invention, formule chimique, partition, manuscrit... Des personnes peuvent donc facilement se les approprier, parfois sans que leur propriétaire ne s'en aperçoive.

Or il est normal, pour des raisons à la fois morales et économiques, que les créateurs soient reconnus et récompensés car ces biens sont souvent le résultat d'un travail important et fort coûteux (recherche et développement) et sont sources de progrès.

Ainsi, la loi a mis en place des systèmes de protection spécifiques pour ce type de biens afin de stimuler la création et de décourager les contrevenants.

I • La propriété industrielle

A • Les brevets d'invention

1) Les conditions pour qu'une invention soit brevetable

Il faut **trois conditions** :

- **être nouvelle** ;
- résulter d'une **activité inventive** qui **apporte un progrès économique important** ou procure un avantage économique ;
- être susceptible d'une **application industrielle** et ne pas être simplement un principe abstrait.

L'objet de l'invention doit être licite et conforme à l'ordre public (*clonage humain interdit*). Il faut faire un **dépôt auprès de l'INPI** (Institut national de la propriété industrielle) et/ou auprès de l'**OEB** (Office européen des brevets).

2) Les effets du dépôt de brevet

Le dépôt d'un brevet procure à son titulaire un **monopole d'exploitation d'une durée de vingt ans**.

Pendant cette période, **le titulaire peut** :

- **exploiter lui-même son brevet** ;
- **céder des licences d'exploitation** ;
- **céder le brevet**.

Par contre, **il perdra son monopole s'il n'utilise pas une de ces trois options dans un délai de trois ans** car il prive la société d'un progrès économique important (deuxième condition de brevetabilité !). Le TGI pourra, dans ce cas, accorder une licence à tout intéressé.

À l'issue de ces vingt ans (ou trois ans), l'invention tombe dans le domaine public, c'est-à-dire que tout le monde peut l'utiliser sans payer aucun droit.

En cas de non-respect du monopole, le titulaire du brevet peut intenter une **action en contrefaçon** à l'encontre du contrefacteur (voir ci-dessous).

B • La protection des dessins et modèles

Un **dessin** correspond à une **figure en deux dimensions**, quel que soit le support, et un **modèle** à un **objet en trois dimensions** *(voiture, bijou…)*. Pour pouvoir être protégé, il faut qu'ils soient **nouveaux** et qu'ils aient un **caractère propre**. La protection s'obtient par un **dépôt à l'INPI** et le paiement d'une **redevance**. Le dépôt procure une **protection initiale de cinq ans qui est renouvelable quatre fois**, soit au total vingt-cinq ans. La protection produit les **mêmes effets que ceux du brevet** : monopole d'exploitation, action en contrefaçon. Par contre, le créateur de dessins et de modèles **peut aussi bénéficier de la protection en tant qu'œuvres de l'esprit** (voir ci-dessous).

C • La protection de la marque

La marque correspond à **tous signes susceptibles de représentation graphique, servant à distinguer les produits ou les services d'une personne** physique ou morale par rapport aux concurrents.

La marque peut donc prendre **plusieurs formes**, elle ne comprend pas seulement des **mots** mais aussi des **chiffres** *(607)*, un **signe** *(le crocodile de Lacoste)*, des **sons ou phrases musicales** représentés par une portée *(le jingle de Dim)*, une **couleur** *(l'orange de Kodak)*, et souvent elle **combine plusieurs de ces éléments.**

Une entreprise n'a qu'une et une seule dénomination sociale mais juridiquement elle **peut déposer autant de marques qu'elle veut**. C'est un choix de stratégie marketing et de coût de gestion des différentes marques.

1) Conditions de protection

La marque :

- **doit être disponible** : en fonction du principe de spécialité, des produits différents peuvent avoir la même marque mais la renommée d'une marque interdira qu'on l'utilise à nouveau (parasitage commercial). En cas de litige, **le critère retenu est celui du risque de confusion de la part des clients** puisque la marque sert justement à distinguer les produits !
- **doit être distinctive** : ne pas utiliser des termes génériques comme *fromage, pain… ;*
- **doit être licite** : ne pas représenter des signes officiels *(anneaux olympiques)* ou porter atteinte aux bonnes mœurs ;
- **ne doit pas être déceptive** : induire en erreur le consommateur *(Bio de Danone est devenu Activia car il n'était pas bio).*

Il faut effectuer un dépôt à l'INPI et payer une redevance (environ 200 €).

2) Les effets de la protection

Le titulaire du dépôt bénéficie d'un **monopole d'exploitation indéfiniment renouvelable tous les dix ans** à condition de payer une redevance. Il est indéfiniment renouvelable car la perte d'une marque aurait des conséquences catastrophiques, et l'obligation de renouvellement permet de ne pas rendre indisponibles des marques qui ne sont plus utilisées.

Le titulaire du monopole d'une marque dispose des **mêmes droits que pour un brevet**.

D • L'action en contrefaçon

Le titulaire de brevets, de dessins, de modèles ou de marques peut, en cas de non-respect de son monopole d'exploitation, agir en contrefaçon auprès du TGI.

Cette action lui permettra de **faire saisir les biens contrefaits, et d'obtenir des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subit** : *perte de clientèle, d'image de marque...*

La contrefaçon est aussi un **délit** et le contrefacteur s'expose à de **lourdes peines** : *amendes, confiscation du matériel ayant permis la contrefaçon, publication dans les médias de la décision de justice...*

II • La propriété des œuvres de l'esprit (artistique et littéraire) : le droit d'auteur

On a vu que le créateur de dessins et modèles disposait aussi de ce moyen de protection. De plus, **les logiciels ne sont** pour l'instant **pas brevetables** en France car il leur manque la troisième condition : être susceptible d'une application industrielle. En effet, un logiciel est en fait une suite de lignes d'instruction utilisant un langage de programmation. Ils sont donc considérés et protégés comme une œuvre de l'esprit.

A • Les œuvres protégées

L'appellation œuvre de l'esprit, artistique et littéraire ouvre un **champ très large** des œuvres pouvant être protégées : livres, conférences, œuvres dramatiques, chorégraphiques, musicales, cinématographiques, audiovisuelles, peintures, sculptures, photographies, plans, croquis... logiciels. Cette liste n'est pas limitative.

B • Le droit d'auteur

Contrairement à la propriété industrielle, le droit **d'auteur s'acquiert sans aucune formalité de dépôt**. La protection naît du seul fait de la création, même si pour la plupart des œuvres, il y a un dépôt légal obligatoire qui correspond plutôt à une volonté de recenser la création (dépôt à la BNF pour les livres, par exemple).

Le dépôt a aussi l'avantage de donner une date certaine à la création de l'œuvre car **en cas de contestations sur la paternité de l'œuvre**, elle sera **attribuée à celui qui prouvera la plus grande antériorité**.

1) Les droits patrimoniaux

L'auteur dispose d'un **monopole d'exploitation de son œuvre pendant toute la durée de sa vie** et ce droit est transmis à ses héritiers. **Il perdure soixante-dix ans après sa mort.**

Lui et ses héritiers pourront exploiter eux-mêmes l'œuvre ou la faire exploiter par d'autres en passant des **contrats d'édition** pour la reproduction ou des **contrats de représentation** *(spectacle, télévision...)*.

Pour faciliter la gestion de ces droits, les auteurs se regroupent généralement dans des sociétés d'auteurs, la plus connue étant la SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musiques). **En cas de non-respect de ce droit**, l'auteur pourra mettre en œuvre l'**action en contrefaçon**.

2) Les droits extrapatrimoniaux : le droit moral

Il **appartient exclusivement à l'auteur** et à ses héritiers, il est **inaliénable et perpétuel** (persiste indéfiniment). Il peut :

- **exiger le respect de son œuvre**, interdire de la modifier sans son consentement ;
- **exiger sa divulgation sous son nom ou sous un pseudonyme** ;
- **décider de divulguer ou non son œuvre** et même de la modifier ou de la retirer après divulgation sous certaines conditions (droit de repentir).

Le logiciel est protégé par le droit d'auteur mais **ne bénéficie pas du droit moral** (besoin pour les entreprises de l'adapter à leurs propres besoins) et **la durée de la protection est plus courte** (ce qui n'est pas un problème vu la rapidité d'obsolescence dans ce domaine).

Évolutions et objectifs des lois sur l'entreprise en difficulté

I • L'équilibre à trouver entre le respect des droits des créanciers et la prise de risque du débiteur

Le métier d'un **chef d'entreprise** est de **prendre des décisions dans un environnement incertain**.

Cette prise de décision comporte donc nécessairement un **risque**, qui débouche sur un **profit** en cas de succès et une **perte** en cas d'échec. Plus le risque est élevé, plus les espérances de profit sont importantes mais plus les risques de pertes le sont aussi.

Le profit étant le **moteur de l'activité économique** dans une économie de marché, une législation pénalisant trop l'entrepreneur en cas de pertes limiterait la prise de risque de celui-ci, et avec elle l'activité économique.

Mais une législation trop favorable au **débiteur** (l'entrepreneur ne pouvant pas faire face à ses dettes) rendrait plus difficile ou plus coûteux l'accès au crédit, du fait de la crainte des **créanciers** (banquiers, fournisseurs) qu'elle entraînerait. De plus, les paiements dans le monde des affaires se faisant à crédit, le non-paiement d'un fournisseur provoquerait des difficultés en chaîne. **La loi doit** donc, comme toujours, **trouver un équilibre** répondant au mieux à la situation.

Le problème est que **l'environnement économique a considérablement évolué** en cinquante ans, il a donc fallu que la législation suive cette évolution. La loi de **1967** portant sur les entreprises en difficulté correspondait à un contexte de forte croissance économique (Trente glorieuses). En tant que chef d'entreprise, il suffisait de se laisser porter par la croissance pour réussir, elle n'était **donc pas très favorable** (bien qu'en évolution avec les textes antérieurs) **au débiteur**. Les chocs pétroliers, la **crise** des années 1980 caractérisée par la stagflation, vont changer la donne, et l'augmentation très sensible du chômage va faire en sorte que le premier **objectif** des lois de **1984 et 1985** sera la **sauvegarde de l'activité et de l'emploi** au détriment des créanciers, et parfois des actionnaires ou des dirigeants.

II • Anticipations et préventions des difficultés

L'autre idée qui a guidé le législateur depuis 1984 est que **plus on intervient tôt** (voire en anticipant les problèmes), **plus les chances de survie de l'entreprise sont importantes**, d'où l'importance du volet de la loi concernant la prévention des difficultés.

Mais la personne qui est le plus au fait des difficultés est généralement le **dirigeant**. Or pour des raisons à la fois d'ignorance sur les (récentes) évolutions de la loi (à une époque pas si lointaine le débiteur était mis en prison !) et des raisons psychologiques (refus de reconnaître son échec ou son incapacité à s'en sortir seul, peur de l'intrusion d'autres personnes dans ses affaires) le dirigeant **tend à retarder au plus tard l'utilisation de**

cette procédure. Il préfère même parfois la fuite en avant (recours à des moyens ruineux pour continuer l'exploitation) qui lui sera fatale.

Or tout a été fait pour **l'inciter à saisir la justice**. Par exemple, si le dirigeant est une personne physique et qu'il est caution de sa société (13), les créanciers ne pourront pas faire appel à lui pendant la période d'observation et en cas de procédure de sauvegarde. Il a donc intérêt, en tant que caution, à lancer la procédure.

En fait, s'il n'y a qu'une idée à retenir, c'est **que l'objectif premier de la loi de 2005** est inscrit dans son titre : **la sauvegarde des entreprises. Les dirigeants** n'ont donc rien à craindre à utiliser ces dispositions, on dit d'ailleurs que les artisans, les professions libérales, les agriculteurs en **BÉNÉFICIENT** car elles leur permettent de **renégocier leurs dettes, voire de les effacer**.

Évidemment, si le dirigeant a commis des fraudes fiscales importantes ou d'autres actes délictueux, cela reste une autre histoire…

La prévention des difficultés de l'entreprise

I • Le rôle des exigences comptables : la prévention par l'information

Les commerçants ont l'obligation de tenir une comptabilité. La comptabilité a pour but de donner une **image fidèle** de la situation de l'entreprise, on comprend donc la raison de cette obligation. C'est par elle que l'on pourra déterminer si l'entreprise est ou non en **état de cessation de paiement** qui correspond à **l'impossibilité de faire face à son passif exigible grâce à son actif disponible.**

Dans un souci de transparence et de meilleure lisibilité et pour tenir compte de l'internationalisation, la plupart des entreprises ont **l'obligation de déposer leurs comptes annuels** auprès du greffe du tribunal de commerce dont elles dépendent et les normes comptables tendent à s'uniformiser. Cela pose d'ailleurs d'autres problèmes…

Les grandes entreprises – plus de 300 salariés ou CA > 18 000 000 € – sont même obligées d'établir une **comptabilité prévisionnelle semestrielle** déterminant l'actif disponible et le passif exigible (ce qui leur permet d'anticiper la cessation de paiement).

Les entreprises sont aussi **incitées fiscalement à adhérer à des centres de gestion et de prévention agréés** qui leur permet de pouvoir comparer leurs différents ratios avec la moyenne de leur secteur d'activité. Ces centres peuvent aussi déclencher « l'alerte ».

II • La procédure d'alerte

Le dirigeant peut ne pas comprendre l'information comptable ou **sous-estimer les difficultés**, c'est pourquoi la loi va donner à certaines personnes, le **droit (ou le devoir) d'alerter le dirigeant** sur des événements pouvant entraîner des difficultés et corollairement **l'obligation pour lui d'y répondre. L'objectif est d'instaurer un dialogue.**

Afin de multiplier les possibilités d'alerte, la loi prévoit une diffusion des données comptables dans l'entreprise. Les destinataires sont **les titulaires du droit d'alerte,** c'est-à-dire les personnes impliquées dans l'entreprise mais qui ne la dirige pas : **les associés, les représentant du personnel, les commissaires aux comptes, les groupements de prévention agréés, le président du tribunal. Le commissaire aux comptes (CAC)**, étant donné son statut et son rôle, est l**e seul à être obligé de donner l'alerte.** S'il ne le fait pas, cela constitue une faute pouvant engager sa responsabilité.

Le CAC est en effet **nommé par les associés** *pour contrôler et certifier les comptes que leur présente la direction de la société* (*théorie de l'agence*). Contrairement à l'expert-comptable, il doit donc être **totalement indépendant de la direction.**

Il est forcément **présent dans toutes les SA** et dans la plupart des **autres sociétés lorsqu'elles dépassent deux des trois seuils suivants** : 1 550 000 € pour le total du bilan, 3 100 000 € pour le CA, 50 salariés.

Le CAC doit lancer la procédure d'alerte lorsqu'il lui apparaît des **faits qui sont de nature à compromettre la continuité de l'exploitation** dans un avenir proche et prévisible *(perte d'un client important, augmentation des impayés, endettement trop important…).*

La procédure d'alerte par le CAC dans les SA comprend **quatre étapes** et peut être représentée par un entonnoir inversé dans le sens ou **il va à chaque étape alerter de plus en plus de personnes** : président du conseil d'administration ou du directoire et président du tribunal ; le CA ou le conseil de surveillance et les représentants du personnel ; le rapport du CAC ; l'assemblée générale des actionnaires. Le **passage d'une étape à l'autre** est conditionné soit par une **absence de réponse**, soit par une **réponse insatisfaisante**.

III • La nomination d'un mandataire *ad hoc*

Le chef d'entreprise peut sentir le besoin de se faire assister par une personne pour régler les problèmes pouvant le conduire à la cessation de paiement. **Il peut** alors – **lui seul**, et **à condition de ne pas être en cessation de paiement** – **demander** au président du **tribunal la nomination d'un mandataire *ad hoc*** pour l'assister et trouver avec lui des solutions permettant de pérenniser l'entreprise. Si le président du tribunal estime la demande fondée, il rend une **ordonnance** qui restera **confidentielle** (elle ne sera pas publiée) pour nommer le mandataire et fixer le contenu de sa mission, et sa rémunération payée par l'entreprise. Sa mission prend fin soit par la **conclusion d'un accord** (*échelonnement des dettes par exemple*), soit par le constat d'**absence de solution**, ce qui entraîne généralement l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

IV • La nomination d'un conciliateur

Comme pour le mandataire *ad hoc*, **seul le chef d'entreprise (le représentant légal dans le cas d'une société) peut demander** par requête auprès du président du tribunal **la nomination d'un conciliateur**.

La **grande différence** réside dans le fait que **contrairement au mandateur** *ad hoc*, cette possibilité est offerte aux entreprises ayant des difficultés économiques ou financières avérées et qu'elles ne peuvent résoudre seule ; mais aussi, et c'est la **nouveauté de la loi de 2005**, aux **entreprises qui se trouvent en cessation de paiement depuis moins de quarante cinq jours**.

Le législateur a ainsi voulu offrir la possibilité aux entreprises récemment en état de cessation de paiement, de **pouvoir profiter d'une procédure plus souple que les procédures collectives** (23) et surtout restant **confidentielle**. En effet, l'ordonnance nommant le conciliateur n'est pas publiée.

Le conciliateur (7) va assister le dirigeant pour trouver un **accord amiable** avec les créanciers *(fournisseurs, banques, créanciers sociaux)*.

En cas d'accord, il peut être homologué par le président du tribunal.

Cette **homologation** est **importante** car pour renforcer les chances de succès de la mission du conciliateur, la loi **donne un privilège aux créanciers ayant consenti un apport de trésorerie ou apporté un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité**. En cas d'ouverture d'une procédure collective, **ils seront payés en priorité** sur les créances nées avant le jugement d'ouverture de cette procédure.

Les procédures collectives

Ces procédures sont dites collectives car dès leur ouverture, les poursuites individuelles sont arrêtées et elles concernent l'ensemble des créanciers à l'inverse des procédures amiables.

La grande innovation de la loi de 2005 est d'avoir introduit la possibilité, pour les entreprises, de bénéficier d'une procédure collective, la procédure de sauvegarde, sans être en état de cessation de paiement, ce qui n'était pas possible jusque-là, en France. De même qu'une entreprise en cessation de paiement depuis moins de quarante-cinq jours peut bénéficier maintenant d'une procédure amiable.

L'intérêt d'une procédure collective est que le pouvoir de pression sur les créanciers pour obtenir des rééchelonnements ou des remises de dettes est plus important que dans une procédure amiable. L'inconvénient réside dans le fait que ces procédures ne sont pas confidentielles. La perte de confiance que cela va entraîner rendra plus difficile l'octroi de nouvelles créances, généralement nécessaires dans cette situation, malgré des dispositifs d'incitation prévus par loi envers les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure.

Il faudra donc que le dirigeant fasse un arbitrage pour choisir la procédure la plus appropriée à sa situation qu'offre la loi de 2005, entre la confidentialité des procédures amiables et la force des procédures collectives (du moins pour celui qui n'est pas en cessation de paiement ou qui l'est depuis moins de quarante-cinq jours).

I • L'ouverture des procédures collectives

A • La saisine du tribunal

Pour la **procédure de sauvegarde, seul le représentant légal de l'entreprise**, qui justifie des difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter seule et de nature à la conduire à la cessation des paiements, **peut agir.**

Pour les **procédures de redressement et de liquidation judiciaire**, plusieurs personnes peuvent agir :

- **Le représentant de l'entreprise doit** déclarer la cessation de paiement **dans les quarante-cinq jours** : c'est le « dépôt de bilan ».
- **Un créancier, le procureur de la République ou le tribunal** lui-même, peuvent demander l'ouverture de la procédure si l'entreprise est en état de cessation de paiement.

B • Le jugement d'ouverture et ses effets

Le jugement **nomme les organes de la procédure** qui sont principalement le juge-commissaire, l'administrateur judiciaire, le mandataire représentant les créanciers et un représentant du personnel.

Il **détermine la date de cessation de paiement** (sauf pour la procédure de sauvegarde). Cette date pourra être reculée jusqu'à dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture aux vues des informations qu'aura peu à peu l'administrateur judiciaire pendant la période d'observation.

Cette date est importante car elle détermine la **période suspecte, période comprise entre la date de cessation de paiement et la date du jugement d'ouverture**. Cette période est dite suspecte car il y a de fortes chances que le dirigeant ait eu connaissance de l'état de cessation de paiement et qu'il ait été tenté ou contraint de faire des actes peu légaux ou ne respectant pas le droit des différents créanciers.

Le jugement fait l'objet de mesures de publicité : insertion dans un journal d'annonces légales, inscription au RCS et publication au BODACC (bulletin officiel des annonces civiles et commerciales).

Le jugement a les effets suivants :

- Il **ouvre la période d'observation** qui va permettre à l'administrateur de faire un bilan de la situation de l'entreprise afin d'évaluer ses chances de redressement. Il faut donc que la situation soit un peu figée, c'est pourquoi…
- **Il suspend les poursuites (actions en justice) individuelles** des créanciers.
- **Il interdit de payer les créances nées avant le jugement.**
- **Les créanciers ont l'obligation de déclarer leurs créances.**

C • Le rapport de l'administrateur judiciaire

À l'issue de la période d'observation, **l'administrateur remet un rapport** présentant un bilan économique et social, indiquant les possibilités et les modalités (*rééchelonnement, remises de dettes*) d'apurement du passif.

Trois solutions sont possibles : un **plan de sauvegarde** ou de **redressement judiciaire** avec continuité totale ou partielle de l'entreprise ou alors la **liquidation judiciaire** de l'entreprise.

II • La procédure de sauvegarde

L'entreprise n'étant **pas en cessation de paiement, le dirigeant n'est pas dessaisi de ses pouvoirs**. L'administrateur exerce une mission de surveillance ou d'assistance. La loi prévoit deux procédures en fonction de la taille de l'entreprise.

Pour les **petites entreprises**, les créanciers sont représentés par un mandataire judiciaire. Avec l'administrateur judiciaire, il recherchera un accord entre les créanciers et le débiteur.

S'il existe des possibilités de redressement, l'administrateur proposera un plan de sauvegarde d'une durée maximale de dix ans pouvant comporter des cessions d'activités.

Pour les **grandes entreprises**, les créanciers sont regroupés au sein de deux comités, l'un concerne les établissements de crédit, l'autre, les principaux fournisseurs. Le débiteur présente le plan de sauvegarde d'une durée maximum de dix ans. S'il est accepté à la **majorité des 2/3 des créances**, le tribunal arrête le plan. En cas de désaccord et pour les autres créanciers, c'est le droit commun qui s'applique.

III • Le redressement judiciaire

Pour cette procédure, le **rôle de l'administrateur judiciaire est fixé par le juge-commissaire**. Il peut soit **conseiller**, soit **assister**, soit **se substituer** au chef d'entreprise pour les actes d'administration. Dans ce dernier cas, le débiteur est donc écarté de la gestion de l'entreprise.

Le plan de redressement d'une durée maximale de dix ans comporte lui aussi des remises de dettes et des rééchelonnements. Il doit être approuvé par le tribunal et peut prévoir des cessions partielles d'activités. **En cas de non-respect du plan de continuation**, il y a résiliation du plan qui conduit généralement à l'ouverture d'une procédure de **liquidation judiciaire**.

IV • La liquidation judiciaire

Elle est prononcée lorsque l'**entreprise** n'est **pas viable**. L'objectif est alors de **liquider l'actif pour apurer au mieux le passif**.

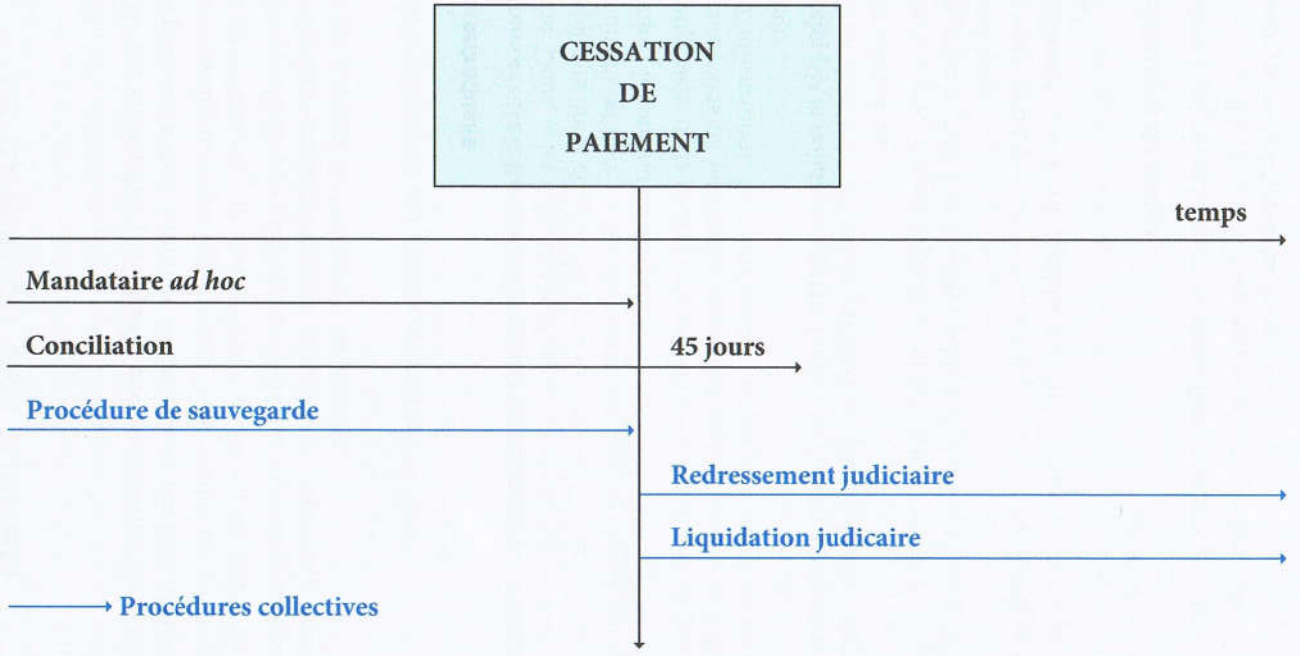
Le tribunal nomme un liquidateur qui procédera à la cession des actifs soit globalement pour maintenir l'emploi s'il y a des repreneurs, soit séparément.

Il procédera ensuite au **paiement des créanciers en fonction de leur rang de privilège**.

C'est dans cette situation que les **garanties de crédits**, les **sûretés** (12) et (13) prennent toute leur importance. Car après le paiement des privilèges généraux des salariés, du Trésor public et des organismes de recouvrements sociaux, il ne reste pas grand-chose pour les autres créanciers et surtout pour les **créanciers chirographaires**.

La procédure se clôture le plus souvent **pour cause d'insuffisance d'actif et les créanciers ne recouvrent pas leurs droits de poursuite individuelle** ; d'où l'intérêt des cautions, clauses de réserve de propriété (28) ou du crédit-bail (35).

Le traitement de l'entreprise en difficulté



La formation des contrats

I • Définition

« **Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.** »

On retrouve ici les obligations qui figurent dans le patrimoine des personnes (11). Cela est logique car les obligations sont des dettes qu'a le débiteur vis-à-vis d'un créancier.

Le contrat correspond à un **acte juridique** (3). Il est le support de millions de relations entre les individus dans des domaines aussi diverse que l'économie, la finance, les loisirs, la consommation, le travail, la création, les successions…

II • Les grands principes du droit contractuel

A • La liberté contractuelle

Ces principes remontent à la **Révolution française** qui a instauré notamment l'idée d'**égalité** et de **liberté**. Donc, si les individus sont égaux, ils peuvent être libres de contracter entre eux, c'est-à-dire libres de faire des « lois » entre eux. On parle d'« autonomie de la volonté ». L'individu est libre on non de contracter, libre de choisir son cocontractant, libre de déterminer le contenu du contrat.

Avec le développement de la société et la modification des modes de production, sont apparues des situations où une partie au contrat est beaucoup plus faible que l'autre par manque d'informations, de connaissances, de pratique ou/et l'existence d'un lien de subordination.

S'est alors développée la notion de « **partie faible** » au contrat, donnant naissance à des branches de droit dont l'objectif est de **protéger** ces parties faibles : **droit du travail, droit de la consommation**.

Pour schématiser, on est passé du « qui dit contractuel dit juste » de FOUILLE, à « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » de LACORDAIRE.

La loi va donc **restreindre**, parfois de manière importante, cette **liberté contractuelle** en imposant des **dispositions d'ordre public** qui vont s'imposer aux parties *(SMIC, droit de rétractation)*.

B • La force obligatoire du contrat

« **Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties.** »

Les obligations nées des contrats **s'imposent donc aux parties**. Elles **s'imposent, en principe, au juge en cas de litige entre les parties** (26).

Une partie ne peut pas mettre fin ou modifier unilatéralement un contrat (principe d'irrévocabilité) sauf si cela est prévu soit par le contrat lui-même, soit par la loi. Généralement, la partie devra respecter une procédure *(licenciement, droit de rétractation).* Un manquement à une obligation engage la **responsabilité civile** de la partie (38). En revanche, **les parties peuvent, d'un commun accord, modifier ou mettre fin à tout moment au contrat.**

C • La bonne foi

« **Les conventions doivent être exécutées de bonne foi.** » Les parties doivent se comporter **loyalement** entre elles. Elles ne doivent pas compliquer l'exécution de l'obligation de l'autre mais au contraire **coopérer** entre elles. Elles ne doivent pas forcer l'autre à contracter plus qu'il n'en a besoin ou le souhaite.

C'est cette notion de loyauté qui a permis à la jurisprudence de définir des comportements déloyaux, notamment en matière de concurrence.

III • La formation du contrat : les conditions de validité

On distingue des **conditions de fond** et des **conditions de forme.**

A • Les quatre conditions de fond

La capacité des parties

Contracter est un acte fort, important (loi entre les parties), il faut donc que les parties soient capables (9).

Le consentement des parties

Le consentement, qui représente **une offre et une acceptation de cette offre**, doit **exister** et être **non vicié** (absence de vice).

Il existe trois vices du consentement :

- **L'erreur** : elle consiste à croire vrai ce qui est faux et réciproquement, ce qui fausse la réalité. Pour être considérée comme un vice, elle doit être **déterminante**, c'est-à-dire suffisamment importante pour que la partie qui en est victime n'aurait pas contractée en son absence.

Elle peut porter sur :

- **la nature ou sur l'objet du contrat** *(la partie croit acheter alors qu'elle ne fait que louer, une partie parle en francs, l'autre en euros) ;*
- **la chose** ou une qualité substantielle de la chose *(origine, composition) ;*
- **la personne,** dans les contrats *intuitu personae*, conclus en considération de la personne ou de ses qualités, professionnelles ou autres *(mariage, contrat de travail, cautionnement…).*

- **Le dol** : manœuvre frauduleuse en vue de tromper l'autre partie et d'obtenir son consentement *(mensonges, silence).*

- **La violence** : elle peut être **physique**, **morale** *(pression, chantage)* ou **économique** *(besoin d'argent).*

L'objet

L'objet est **ce sur quoi porte le contrat, ce qui est dû au créancier** (chose ou engagement à faire ou ne pas faire) : il **doit exister ou être réalisable**, être **déterminé ou déterminable**, et être **licite** (les points de permis, les organes ne peuvent pas être l'objet d'un contrat).

Il y a **lésion** lorsqu'il y a un **déséquilibre important entre les prestations réciproques des parties**. Une des parties a été « lésée ». Mais la valeur d'une chose pouvant évoluer selon le contexte, la lésion n'est **pas un vice du consentement sauf lorsque la loi prévoit une rescision** (annulation) **pour lésion** : *vente d'un immeuble pour une lésion supérieure à 7/12e ou en cas d'incapacité* (9).

La cause

La cause est **la raison pour laquelle les parties contractent** *(le vendeur pour recevoir l'argent, l'acheteur pour obtenir le produit).* Elle **doit exister** et **être licite**. *Le bail d'un local pour faire du trafic de stupéfiants a un objet licite : la location de local, mais une cause illicite : trafique de stupéfiants.*

B • Les conditions de forme

Elles dépendent du type de contrat. On distingue les contrats :

- **consensuels**, pour lesquels **l'accord des volontés, le consentement, suffit** pour que le contrat soit passé *(contrat de vente).* Même si, pour des raisons de preuve évidentes (acte juridique nécessitant une preuve parfaite), un écrit est souvent établi.
- **formels ou solennels**, pour lesquels **un écrit est obligatoire** : *acte notarié pour la vente d'un bien immobilier, acte sous seing privé pour un CDD.*
- **réels**, pour lesquels la **remise de la chose**, objet du contrat, est nécessaire *(gage, dépôt pour un prêt).*

IV • La sanction de l'inobservation des conditions de formation

Si **une seule des conditions** de formation **n'est pas valable**, le **contrat est frappé de nullité**. La nullité doit être prononcée par le juge à la suite d'une action en nullité.

La nullité a pour effet de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la conclusion du contrat : on dit que le contrat est anéanti rétroactivement *(le vendeur rend le prix que le client avait payé et le client le produit).* **Lorsque la restitution en nature est impossible** *(le locataire ne peut restituer la jouissance des locaux alors que le propriétaire peut restituer les loyers),* **le juge détermine une indemnité représentant un équivalent en nature** *(indemnité d'occupation des locaux).*

On distingue **la nullité relative** de **la nullité absolue** non pas par **leur effet** qui **est le même – la nullité du contrat** – mais par les causes et les personnes qui peuvent l'invoquer. **Lorsque l'ordre public est menacé**, il y a **nullité absolue**, lorsque **seuls les intérêts des parties sont concernés** il y a **nullité relative**.

La nullité relative

Elle intervient en cas de vice du consentement, d'incapacité ou de lésion, **seule la personne concernée** (ou ses ayants droit) **peut invoquer la nullité**. Le contrat peut être confirmé si la cause de la nullité disparaît et **la prescription** est de **cinq ans**. C'est la **nullité relative**.

La nullité absolue

En cas d'inexistence de consentement, d'inexistence ou d'illicéité de l'objet ou de la cause, d'inexistence des conditions de forme, **toute personne ayant un intérêt à agir**, dont le ministère public et le juge, peuvent demander la nullité. Le contrat ne peut pas être confirmé et **la prescription** de l'action est de **trente ans**. C'est la **nullité absolue**.

Classification des contrats et clauses contractuelles particulières

I • Classification des contrats en fonction de leurs caractéristiques

Les relations entre les personnes étant très variées, elles ont conduit à une multiplicité de types de contrats. Une classification en fonction de certains critères permet de regrouper les contrats obéissant aux mêmes règles.

Par rapport à leur mode de formation, leur **forme**, on distingue : les contrats **consensuels**, **formels** ou **solennels**, et **réels** (24).

Par rapport aux **effets qu'ils produisent on distingue** :

- l'existence ou non d'**obligations réciproques** :
  - **unilatéral** : **une seule partie** a des obligations *(don)*,
  - **bilatéral** ou **synallagmatique** : **obligations réciproques** *(vente)* ;
- l'existence ou non d'une **contrepartie** :
  - **à titre gratuit** : une seule partie procure à l'autre un avantage sans rien recevoir, pas de prestation réciproque (*don*),
  - **à titre onéreux** : prestations réciproques (*vente*).

Par rapport au **moment** ou à la **manière dont s'exécutent les obligations**, on distingue :

- **à exécution instantanée** : exécutées en un seul moment *(vente)* ;
- **à exécution successive** : s'étalent dans le temps *(bail)*.

Par rapport à la **connaissance ou non de l'importance des prestations de chaque partie** au moment de sa formation, on distingue :

- **commutatif** : l'importance des prestations est connu *(vente)* ;
- **aléatoire** : non connu *(assurance)*.

Par rapport à la **possibilité ou non de négocier les clauses du contrat**, on distingue :

- **de gré à gré** : possibilité de négocier *(vente)* ;
- **d'adhésion** : une des parties ne peut pas vraiment négocier *(assurance)*.

Par rapport à l'**existence ou non de régime légal spécifique**, on distingue :

- **nommé** : qualifié et réglementé par la loi *(vente à distance)* ;
- **innommé** : pas de régime légal spécifique, résulte de la pratique contractuelle *(contrat de franchise)*.

II • Clauses contractuelles particulières

Ces clauses sont en principe valables sauf si elles sont jugées léonines : une partie s'attribue tous les avantages (la « part du lion ») et fait supporter toutes les charges à l'autre. De telles clauses sont dites non écrites.

De plus, **certaines** clauses sont **interdites dans les contrats passés avec une partie faible** *(salariés, consommateurs)* (30) et la loi donne dans certains cas **le droit au juge d'en modifier la portée** lorsqu'elles sont jugées abusives (voir fiche suivante).

A • Clauses autorisées exclusivement entre commerçants

- **Clause attributive de compétence** : (4).
- **Clause compromissoire** : (8).
- **Clause de non-responsabilité** : elle stipule qu'en cas de défaillance du débiteur, celui-ci ne sera pas responsable du dommage causé au créancier et ne sera **pas tenu de lui verser des dommages-intérêts.** Elle n'est **pas admise** en cas de **faute lourde** *(non-respect de règles essentielles)* et dans un souci de protection, dans certains **contrats** (*de transport de marchandises ou de personnes).*

B • Clauses pour lesquelles le juge peut intervenir

- **Clauses limitatives de responsabilité** : il s'agit d'une clause **fixant le maximum possible des dommages-intérêts versés** en cas de défaillance du débiteur *(perte de colis, retard de train)* ; **si le montant** des dommages-intérêts est **dérisoirement faible,** elle peut être **requalifiée en clause de non-responsabilité.** Elle n'est **pas admise** dans les **contrats de consommation.**
- **Clause pénale** : au sens de peine, c'est **une clause civile** dans laquelle **les parties fixent forfaitairement le montant des dommages et intérêts dus par le débiteur en cas de retard** dans l'exécution **ou d'inexécution** du contrat. **Le juge peut modérer ou augmenter la peine** convenue si celle-ci est **manifestement excessive ou dérisoire.**

C • D'autres clauses...

- **Clause résolutoire** : elle prévoit qu'en **cas de manquement** à une obligation contractuelle de l'une des parties, **le contrat sera résolu** (voir fiche suivante) de plein droit.
- **Clause suspensive** : elle prévoit que **l'exécution d'une obligation est subordonnée à une condition** : la réalisation d'un événement futur et incertain. À défaut de réalisation de l'événement, l'obligation n'a pas à être exécutée *(contrat de vente subordonnée à l'obtention d'un crédit).* Elle est **nulle si les conditions sont impossibles, illicites, ou immorales.**
- **Clause d'indexation** : clause qui fait varier le prix en fonction de la variation d'un indice.
- **Clause de révision** : clause qui prévoit la modification des obligations en fonction de l'évolution du contexte économique.
- **Avenant** : il s'agit d'une modification apportée à un contrat initial.

Les effets du contrat à l'égard des parties et des tiers

I • Les effets du contrat à l'égard des parties : les obligations

Le contrat crée pour les parties des **obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.** Ces obligations peuvent être **de moyen, de résultat ou de garantie** (11).

Le contrat contient non seulement les obligations voulues par les parties, mais aussi les **obligations voulues par l'équité, l'usage ou la loi** et dégagée par le juge.

Il en est ainsi de :

- **l'obligation de sécurité** : *dans un contrat de transport, par exemple, le transporteur a l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ;*
- **l'obligation d'information et de conseil** : *à l'égard du vendeur, du banquier, du médecin, par exemple.*

II • L'interprétation et la révision du contrat par le juge

La force obligatoire du contrat s'impose au juge, ce qui en **limite son interprétation** et **lui interdit de le modifier.**

Le juge « doit, dans les conventions, rechercher quelle a été **la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » L'interprétation du contrat, relève du pouvoir souverain des juges du fond, dans l'appréciation des faits.** Cependant, **la Cour de cassation censure les juges du fond qui dénaturent une clause claire et précise. La révision** (modification) d'une clause du contrat par le juge, pour tenir compte de l'évolution économique par exemple, **est interdite sauf lorsqu'elle est prévue par la loi** *(bail commercial, clause pénale).*

III • Les effets du contrat à l'égard des tiers

A • Le principe : l'effet relatif des contrats

« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers ; et elles ne leur profitent que dans les cas prévus par l'article 1121. »

Le contrat ne peut pas faire naître d'obligation à la charge d'autrui. **Les tiers ne peuvent donc être rendus ni créanciers ni débiteurs par l'effet d'un contrat auquel ils n'ont pas souscrit** ; ce qui est logique car le contrat est fondé sur le consentement.

En revanche, **par la suite**, d'autres individus peuvent être concernés par les contrats d'une personne, ce sont **les ayants cause**. Un ayant cause est une personne qui tient son droit ou son obligation d'une autre personne, l'auteur. L'ayant cause universel, par exemple, est celui auquel son auteur transmet tout ou partie de son patrimoine (droits et obligations) à son décès.

L'héritier devient donc débiteur et créancier à la place du défunt sauf pour les contrats *intuitu personae.*

B • Les exceptions au principe de l'effet relatif

1) La stipulation pour autrui

Cette exception est **prévue par l'article 1121 et son domaine a été étendu par la jurisprudence**. Elle correspond à un contrat dans lequel **une partie, le stipulant, obtient de l'autre, le promettant, l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers, le bénéficiaire**. Ce dernier devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat (*contrat d'assurance décès entre une personne et son assurance et au profit d'une autre personne : conjoint, enfant).*

2) La promesse pour autrui (ou de porte-fort)

La promesse pour autrui est **en principe interdite**. La loi reconnaît cependant la **validité des « clauses de porte-fort »**. Se porter fort consiste pour une personne, le porte-fort, à **promettre d'obtenir l'engagement d'un tiers à l'égard de son cocontractant. Si le tiers refuse** de s'engager, c'est le **porte-fort** qui sera **responsable vis-à-vis de son cocontractant.**

Si le tiers s'engage, il est **lié au cocontractant rétroactivement** à la date de la promesse. *Une personne s'engage à avoir l'accord de son conjoint pour la vente d'un bien commun. Si le conjoint refuse, il devra indemniser l'acheteur.*

3) L'opposabilité du contrat au tiers

Le contrat **crée une situation juridique qui s'impose aux parties et aux tiers**. Donc, **les parties peuvent opposer le contrat au tiers** *(le créancier du commerçant ne peut faire saisir les biens du conjoint en cas de contrat de mariage avec séparation de bien)* et les **tiers peuvent opposer le contrat aux parties** (à condition d'en avoir connaissance : *l'état des lieux lors du départ de l'ancien locataire mentionnait déjà des malfaçons dans l'appartement).*

Exécution et inexécution des contrats

I • Le paiement : mode d'exécution du contrat

Le paiement est l'exécution de l'obligation née du contrat. Le sens juridique est donc **plus large que le sens commun** qui restreint le paiement à l'aide d'une somme d'argent. Au sens juridique, on dira que **le vendeur paie en délivrant la chose.**

Le solvens est **celui qui effectue le paiement.** Il s'agit généralement du débiteur mais cela peut être son représentant *(parent pour un enfant)*, ou un tiers *(caution)*. **L'accipiens** est **celui qui reçoit le paiement.**

L'objet du paiement : c'est une **chose** ou une **prestation**. Dans le cas d'une chose, c'est la **chose et pas une autre chose**, même si elle est de valeur égale ou supérieure (sauf si c'est une chose de genre (11)) ; et **toute la chose**. Le créancier peut refuser un paiement partiel.

La plupart des paiements se font en monnaie. Le créancier **peut refuser** le paiement par **carte bancaire** et par **chèque**, sauf s'il adhère à un centre de gestion agréé, il devra accepter le paiement par chèque.

Il ne peut **pas refuser les espèces** (pouvoir libératoire de la monnaie) mais **la loi interdit**, dans un souci de preuve et pour limiter l'économie souterraine, que le **paiement de certaines créances** s'effectue **en espèces** : règlements > 1 100 € pour les commerçants, salaires > 1 500 €, règlements > 3 000 € pour les non-commerçants.

Le lieu du paiement : le paiement doit intervenir au lieu convenu ou à défaut au domicile du débiteur.

La date : il doit intervenir **à la date convenue.**

La preuve : **le débiteur qui se prétend libéré doit prouver le paiement**, la preuve peut être faite **par tous moyens** car il s'agit d'un fait juridique (3).

L'effet : le paiement **a pour effet d'éteindre l'obligation et de libérer le débiteur.**

Hélas, il arrive que le débiteur n'exécute pas ses obligations. Le créancier doit alors le contraindre à le faire ou demander la résolution du contrat et des dommages-intérêts s'il a subi un préjudice.

II • Les sanctions visant à l'exécution du contrat

Le créancier ayant contracté a en principe intérêt à ce que le débiteur remplisse son obligation. Il va donc généralement dans un premier temps **faire pression sur lui** pour qu'il s'exécute.

D'où **l'intérêt des clauses pénales** (voir fiche précédente) qui vont inciter le débiteur (de bonne foi : *par exemple un peintre ayant de nombreux chantiers)*, à exécuter ce contrat, pour éviter la pénalité, plutôt qu'un autre dans lequel il n'y a pas de clause de ce type.

Dans le cas contraire, une **action en justice s'impose**, mais après et seulement **après, une mise en demeure.**

A • La mise en demeure

C'est **l'acte par lequel le créancier somme le débiteur d'exécuter son obligation**. Elle peut se faire par sommation d'huissier ou par tout autre moyen, LR/AC ou même par lettre simple et doit clairement indiquer une injonction de faire ou de payer.

Elle a des **effets** importants : le débiteur ne pourra **plus plaider la bonne foi** (l'oubli de payer, de livrer : on lui rappelle par loyauté ses obligations avant de saisir la justice) et elle **détermine le point de départ du cours des intérêts moratoires** (intérêts destinés à réparer le préjudice subi par le créancier du fait du retard de paiement d'une somme d'argent par le débiteur).

Si la mise en demeure n'entraîne pas de réaction de la part du débiteur, le créancier devra saisir la justice pour demander l'exécution forcée en nature.

B • L'exécution forcée en nature

Elle n'est **vraiment possible que si le débiteur a une obligation de donner**, on ne peut pas contraindre un débiteur de faire quelque chose contre son gré *(peindre une chambre)* et encore moins de ne pas faire. La solution est donc de transformer ces deux dernières obligations en obligation de donner : ce sera le rôle de l'astreinte et de l'exécution forcée par équivalent.

L'exécution forcée en nature est prononcée par le juge soit à l'issue d'une **procédure normale** (contradictoire) soit par une procédure non contradictoire, plus rapide et plus souple qui peut conduire le juge, en cas de preuve suffisante, à rendre une **ordonnance d'injonction de faire ou de payer** qui pourra être exécutoire en absence de contestation du débiteur (opposition).

Le juge **peut assortir ou non sa décision d'une astreinte** (voir ci-dessous). Il peut aussi **autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation par un tiers aux dépens du débiteur**, qui peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution (*faire peindre la chambre par un autre artisan*). Il peut également **demander la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation de ne pas faire**.

L'**exécution forcée en nature** de l'obligation **de payer une somme d'argent** intervient par **saisie des biens du débiteur**. Le créancier dispose en effet d'un **droit de gage général sur le patrimoine du débiteur** (11).

Les biens saisis sont vendus et le créancier se fait payer sur le prix. La saisie peut également être faite sur les créances du débiteur : **saisie attribution** (sur un compte bancaire) et **saisie arrêt sur salaires**.

Le tiers saisi, débiteur du débiteur, paie directement au créancier. Encore faut-il que ce dernier ait connaissance du compte bancaire et que ce dernier présente un solde suffisant au moment de la saisie, ou ait identifié l'employeur du débiteur (mais une partie du salaire est évidemment insaisissable) pour permettre au débiteur salarié de continuer à vivre.

C • L'astreinte

C'est une alternative à la condamnation du débiteur à l'exécution forcée en nature de son obligation. Elle consiste à obtenir la **condamnation du débiteur à payer une indemnité tant qu'il n'exécute pas son obligation.** *Le peintre qui n'a pas fini les travaux pourra être condamné à payer une somme d'argent au créancier par jour de retard.*

D • L'exécution forcée par équivalent

Si le créancier ne peut ou ne veut pas obtenir l'exécution forcée en nature, il peut obtenir un équivalent monétaire sous forme de **dommages-intérêts.** Ils sont dits :

- **compensatoires** ; quand ils compensent l'inexécution de l'obligation ;
- **moratoires** ; quand ils compensent le retard de l'exécution.
- Il s'agit donc moins d'une exécution forcée que d'une réparation du dommage.

E • L'exception d'inexécution

Il s'agit d'une sanction spécifique à l'inexécution d'un contrat bilatéral qui permet de **suspendre l'exécution de sa propre obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne.** *Le vendeur pourra suspendre la livraison de la chose à défaut de paiement du prix dans les délais prévus.*

III • Les sanctions visant à l'anéantissement du contrat : la résolution pour inexécution

En cas d'inexécution, le créancier peut préférer l'anéantissement du contrat. **Il ne faut pas confondre**, même si les effets sont les mêmes, **la résolution** qui **correspond à l'anéantissement d'un contrat légalement formé** et **la nullité** du contrat pour non-respect des règles de formation. En effet, dans ce dernier cas, **le contrat est considéré comme n'ayant jamais existé.**

On distingue aussi **la résolution** qui **anéantit le contrat de manière rétroactive** et qui remet donc les parties dans l'état où elles se trouvaient avant (chaque partie doit donc remettre ce qu'elle a reçu), et **la résiliation**, qui **anéantit le contrat uniquement pour l'avenir**, c'est-à-dire à compter du jour où est prononcée la résiliation. Cela concerne généralement les contrats à exécution successive *(résiliation d'un bail).*

Les **conditions de la résolution** sont l'**inexécution du contrat après une mise en demeure** et elle dépend de l'appréciation du juge sauf en cas de clause résolutoire (25).

IV • Les sanctions visant à la réparation de l'inexécution : la responsabilité contractuelle

La **mise en œuvre** de la responsabilité contractuelle répond aux **mêmes fondements que ceux de la responsabilité délictuelle** (38).

Elle ne peut cependant intervenir **qu'après une mise en demeure**. Le fait générateur est ici l'inexécution de l'obligation née du contrat (11) et (26).

Les **causes d'exonération** de responsabilité sont aussi **les mêmes que dans le cas de la responsabilité délictuelle**, la victime étant ici le créancier (39).

Les effets sont la **réparation du préjudice subi** par le créancier, c'est-à-dire à la fois l'exécution forcée de l'obligation par équivalent et la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution. Cela se traduit par le versement de dommages-intérêts à la fois compensatoires et moratoires

Le contrat de vente

I • Définition

Article 1582 du code civil : « **La vente est la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer.** »

II • Les conditions de formation

Le contrat de vente obéit aux **règles communes de condition de fond de validité** des contrats (24). En ce qui concerne la **forme**, il s'agit d'un **contrat consensuel pour les meubles** (formel pour les immeubles). Ainsi, le consentement, l'accord des volontés, suffit pour que le contrat existe même s'il est fréquent que pour les ventes importantes, un écrit soit établi.

III • Les caractéristiques

Il s'agit d'un contrat **consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, à exécution instantanée, commutatif et nommé** (25).

IV • Les effets

A • Le transfert de propriété

Le contrat de vente a un effet très important juridiquement : le transfert de propriété de la chose. Étant consensuel, le contrat est passé, et donc le **transfert de propriété** de la chose se fait **dès qu'il y a consentement**. Pour les **choses de genre**, le transfert se fait lors de l'**individualisation** (11). Les moments effectifs de la livraison ou du paiement ne sont que des conditions de vente et peuvent intervenir bien après. L'acheteur devient donc propriétaire de la chose et en assume les risques (*perte, vol, dégradation, avarie…*) dès le consentement, même s'il n'en a pas encore sa possession. C'est pourquoi **ces dispositions sont supplétives** et **les parties peuvent décider** que le transfert de propriété interviendra à **une autre date**. Pour les échanges internationaux, la chambre de commerce international propose l'utilisation de treize incoterms pour déterminer le moment de transfert de propriété.

Si le vendeur ne délivre pas la chose, **la mise en demeure de délivrer la chose transfère à nouveau** les risques pesant sur la chose, **sur le vendeur**.

B • Les quatre obligations du vendeur

- Obligation **de renseignement et de conseil** plus ou moins étendue selon la complexité de la chose et sa dangerosité.
- Obligation **de délivrance** : mise à disposition de la chose à l'acheteur.
- Obligation **de sécurité** : il doit délivrer une chose qui présente un niveau de sécurité qu'on peut légitimement attendre. Il engage sa responsabilité en cas de dommage causé par la chose.

- Obligation de **garantie contre les vices cachés ou garantie légale** (à ne pas confondre avec la garantie commerciale, dite du vendeur ou contractuelle, car elle ne dépend que de la volonté du vendeur).

C • Le vice caché

Un vice caché est un **défaut de la chose qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acheté ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il l'avait connu.**

Les conditions de mise en œuvre de l'action en garantie contre les vices cachés

- Elle doit être exercée **dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice** (et non de la date d'achat).

Le vice doit être :

- **important**, c'est-à-dire supprimer ou diminuer l'usage normal de la chose ;
- **caché**, c'est-à-dire non apparent et inconnu de l'acheteur. L'acheteur professionnel est présumé connaître le vice si la chose concerne son domaine professionnel (*un garagiste qui rachète un véhicule d'occasion*) ;
- **antérieur à la vente** : il ne doit pas résulter de l'usage ;
- **Il revient à l'acheteur de prouver tous ces éléments.**

Les effets

L'acheteur a le choix entre : l'**action rédhibitoire** (restitution de la chose et du prix) et l'**action estimatoire** (diminution du prix).

L'acheteur a droit à des **dommages-intérêts si le vendeur est de mauvaise foi** (il connaissait le vice). **Le vendeur professionnel est présumé connaître le vice.**

D • Les obligations de l'acheteur

- **Obligation de retirement** : le contrat est passé donc **l'acheteur doit « venir chercher la chose »** mise à sa disposition par le vendeur selon les conditions fixées par le contrat. **À défaut** de retirement, le vendeur a le choix entre l'**exécution forcée** et la **résolution de plein droit**.
- **Obligation de paiement du prix** : au lieu et date prévus par le contrat ou à défaut au lieu de délivrance lors de la vente. Une clause du contrat peut prévoir un **paiement différé** (vente à crédit) **ou fractionné** (vente à tempérament).

V • Clause particulière : la clause de réserve de propriété

Cette clause permet de **reculer le transfert de propriété de la chose, généralement jusqu'au paiement intégral du prix**. Elle doit figurer dans le contrat et être acceptée par l'acheteur avant la livraison de la chose. Elle correspond à une garantie de crédit relativement efficace (12) et (13).

Le contrat d'entreprise

CONTRAIREMENT AU CONTRAT DE VENTE QUI PORTE SUR LA VENTE D'UNE CHOSE, LE CONTRAT D'ENTREPRISE PORTE SUR LA PRESTATION D'UN SERVICE, ON PARLE DE CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICE.

I • Définition

Il s'agit d'un contrat par lequel **un entrepreneur s'engage à accomplir de manière indépendante un travail, une prestation, au profit d'un client, le maître de l'ouvrage.**

Dans le code civil, il porte le nom de « **louage d'ouvrage** ». Il est caractérisé par **trois éléments** :

- **l'accomplissement d'une activité** : qu'elle soit matérielle *(réalisation d'une clôture)* ou intellectuelle *(service informatique)*. Même s'il y a fourniture de matériel (comme dans le contrat de vente), **l'objet porte sur l'exécution d'une tâche** ;
- **à titre personnel** : le prestataire de service exécute le travail en son nom, il ne représente pas le client comme dans le cadre d'un mandat ;
- **de manière indépendante**, contrairement au contrat de travail (lien de subordination).

II • Condition de formation

Ce sont celles du droit commun. Il faut toutefois attirer l'attention sur la **définition de l'objet** qui est plus délicate que pour un contrat portant sur une chose. La prestation n'existant pas au moment de la formation du contrat, il faudra la décrire de manière plus ou moins formalisée à l'aide d'un **cahier des charges** défini par le client – le maître d'ouvrage – pour préciser ce qu'il attend de la prestation.

La **détermination du prix** peut elle aussi dans certains cas poser problème *(réalisation d'un chantier sous-terrain)*. C'est pourquoi il pourra être déterminé par trois modes : sur **devis** (avec ou sans réserve), au **forfait**, le **travail fait**.

III • Les caractéristiques

Il s'agit d'un contrat **consensuel** (mais souvent l'entrepreneur envoie un devis signé, ce qui correspond à une offre. L'acceptation de ce devis signé par le client devient un acte sous seing privé), **synallagmatique, à titre onéreux, à exécution** soit **instantanée** soit **successive** *(contrat d'entretien)*, **commutatif, nommé** en tant que contrat de louage mais il peut prendre de multiples formes **innommées** (25).

IV • Les effets

A • Les obligations de l'entrepreneur

- **Exécuter la prestation** : obligation de moyen pour les prestation intellectuelles (*médecin, expert-comptable...*) et de résultat pour les prestations matérielles (*cordonnier, garagiste...*). En principe, ce contrat n'est pas conclu en considération de la personne *(intuitu personae)* ; l'entrepreneur peut donc confier l'exécution à un sous-traitant mais il n'en sera pas moins responsable vis-à-vis du client.
- **Informer et conseiller** : cela peut constituer la prestation elle-même (*conseiller fiscal*), mais elle existe toujours en tant qu'obligation accessoire car l'entrepreneur est un « homme de l'art » (*plombier, peintre...*) ;
- **Obligation de sécurité** : dans son entreprise où il reçoit les clients, sur le chantier, pour les installations...
- **Obligation de conserver la chose** : si la prestation porte sur une chose, **qu'elle soit fournie par lui** (*confection d'un vêtement*) ou **confiée à lui** (*teinturier*), sauf, dans ce dernier cas, s'il prouve qu'il n'a commis aucune faute (*en tant que gardien de la chose*).

B • Les obligations du maître de l'ouvrage

- **Payer le prix** : **sinon** le créancier pourra demander l'**exécution forcée** en nature et pourra éventuellement faire jouer son **droit de rétention** sur la chose qu'il détient pour forcer le client à payer (*cordonnier*) ;
- **Prendre livraison ou réception** : il doit récupérer la chose dans les délais prévus. À défaut d'enlèvement dans le délai d'un an, l'entrepreneur peut demander au juge de faire vendre la chose pour se payer. **La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît que l'exécution de la prestation a été correcte**. Le paiement du prix devient donc exigible, il y a transfert des risques et elle couvre les défauts apparents (*consignation pendant un an de 10 % du prix dans le bâtiment pour les éventuels défauts*).

V • Les clauses particulières

Il est judicieux de faire figurer dans ces contrats, pour le maître de l'ouvrage des **clauses pénales**, pour l'entrepreneur des **clauses limitatives de responsabilité** (25).

Le contrat de vente à un consommateur

Il s'agit d'un **contrat de vente** (28) ou d'un **contrat d'entreprise** (29) pour lequel **l'acheteur est un particulier**, un **consommateur**, par opposition à un professionnel.

Le consommateur est une **personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle** mais dans un but personnel.

Il risque donc d'y avoir un **déséquilibre d'information** entre d'une part le vendeur professionnel et d'autre part ce particulier (partie faible) qui n'est pas censé connaître les produits ou les services qu'il achète.

De plus, la concurrence exacerbée que se livrent les entreprises depuis les années 1980, les a contraintes à développer des techniques commerciales de plus en plus agressives, ce qui nécessite une **protection** accrue des **consommateurs**. La jurisprudence fait bénéficier de cette protection les professionnels passant un contrat sans rapport direct avec leur activité.

I • La protection du consommateur lors de la formation du contrat

A • L'obligation d'informer et de ne pas tromper

Elle implique de donner :

- **des informations et des conseils sur le produit** : caractéristiques essentielles, mode de fonctionnement, sécurité ;
- **des informations sur les conditions de vente** : prix, délais, livraison, modalité de paiement ;
- **des documents écrits** spécifiques rappelant le droit des consommateurs pour certains contrats *(vente à domicile)*.

La **publicité trompeuse**, contenant des informations pouvant induire le consommateur en erreur, est **interdite** et constitue un délit.

La publicité comparative n'est autorisée en France que depuis 1992 mais elle reste fortement **réglementée**.

B • L'obligation de ne pas forcer le consommateur

1) Le délai de réflexion (différent du délai de rétractation, voir ci-dessous)

Lorsque l'**engagement** est **important**, le professionnel a l'obligation de laisser au consommateur un délai de réflexion avant son acceptation alors que son offre est irrévocable. Ce délai peut être **compressible** : le consommateur **peut ne pas l'utiliser** *(délai de quinze jour, pour les offres de crédit à la consommation)* ou **incompressible** : le consommateur **ne peut donner son consentement qu'après l'expiration de ce délai** *(dix jours pour les offres de crédit immobilier)*.

2) Les procédés de vente interdits

Les ventes ou envois forcés constituent un délit : elles consistent à adresser un produit non commandé à une personne et à lui laisser le choix entre conserver le produit en payant le prix ou le renvoyer. **Les ventes par lots ou jumelées** sont interdites si elles ne laissent pas la possibilité au consommateur d'acheter à l'unité et selon ses besoins. **Les ventes avec primes ou cadeaux** sont interdites sauf s'ils sont de faible valeur et à caractère publicitaire. Enfin, constituent un délit **les ventes « à la boule de neige »** qui proposent une remise en échange d'un certain nombre de ventes opérées par le client lui-même.

3) Interdiction du refus de vente (délit)

Une technique de vente consiste à **attirer le client à l'aide d'un produit d'appel** très intéressant, de le rendre indisponible et **de lui en vendre un autre.**

Or **l'offre au consommateur** est considérée par principe comme une **offre publique** ; rien n'autorise la discrimination entre les acheteurs.

La loi autorise certains refus de vente : *médicament, alcool*, et la jurisprudence les admet en cas d'indisponibilité de bonne foi de la marchandise ou si la demande du client présente un caractère anormal *(quantité trop petite ou trop importante par rapport aux usages).*

4) Le délit d'abus de faiblesse

Il protège les personnes faibles ou ignorantes *(ne maîtrisant pas bien la langue française, par exemple)* qui ne sont **pas en mesure d'apprécier la portée de leur engagement ou de déceler les ruses du vendeur**, sans être forcément incapables.

Il vise les **contrats à domicile, à la suite d'un démarchage par téléphone, à l'occasion de réunions**, les situations où le consommateur n'a pas pu faire jouer la concurrence. Ce délit est sanctionné d'une amende de 9 000 € et/ou de cinq ans d'emprisonnement.

II • La protection du consommateur lors de l'exécution du contrat

A • Le délai de rétractation : le droit de repentir

L'engagement contractuel est normalement irrévocable, il y va de la sécurité des contrats (24).

Or le droit de la consommation considère que **le consommateur peut, dans certaines situations, être influencé** *(présence d'amis, de collègues),* **ne pas avoir la possibilité de comparer avec la concurrence ou ne pas mesurer toute la portée de son engagement.**

C'est pourquoi il lui laisse la **possibilité de revenir sur son consentement, sans justification et sans pénalités pendant un délai de sept jours.** Il impose même des règles formelles à ce type de contrat afin d'informer le client de ce droit de rétractation et lui en faciliter l'exercice (bordereau de rétractation inclus dans le contrat).

Les contrats concernés sont la **vente à domicile ou sur le lieu de travail**, ou plus largement « hors des lieux de vente », la **vente à distance ou assimilée** (VPC, Internet), la **vente à crédit**.

B • La remise en cause des clauses abusives

Le principe de la liberté contractuelle permet aux parties d'insérer des clauses pour adapter le contrat à leur besoin.

Or certains contrats de consommation sont des **contrats d'adhésion** pour lesquels le seul choix du consommateur est d'adhérer ou non (25). Il est donc tentant pour le professionnel d'y insérer des clauses défendant ses intérêts au détriment, parfois abusivement, du consommateur.

La loi définit les **clauses abusives** comme celles qui créent un « **déséquilibre significatif** » entre le **professionnel** et le **consommateur** ou le **non-professionnel**.

Cela ne concerne donc que les **contrats liant un professionnel et un consommateur** ou un non-professionnel.

La loi de modernisation de l'économie du 3 août 2008 encadre l'application de certaines clauses (tacite reconduction, durée d'engagement). De rares **décrets** complètent la loi en relevant le **caractère explicitement abusif de certaines dispositions** : *clause de non-garantie ou d'exonération de responsabilité dans ce type de contrat.*

Mais **c'est surtout la jurisprudence** qui va déterminer le caractère abusif ou non de ces multiples clauses. Elle **peut s'aider des avis et recommandations qu'émet la Commission des clauses abusives,** instance qui analyse les contrats types des professionnels, (*téléphonie mobile, compte-courant...*) pour dénoncer, sans pouvoir les sanctionner, les clauses créant un déséquilibre significatif.

Les associations de consommateurs agréées peuvent aussi demander en justice l'annulation des clauses abusives dans les contrats types.

Le juge peut donc, en cas de litige, **écarter l'application d'une clause abusive** : elle est **réputée non écrite**, c'est-à-dire sans effet. Le reste du contrat subsiste quand cela est possible (si la clause n'est pas essentielle) et si cela est conforme aux intérêts du consommateur.

Le professionnel n'encourt aucune sanction pénale, seule sa responsabilité civile est engagée.

III • La garantie de conformité

En plus de la garantie légale contre les vices cachés concernant tous les contrats portant sur la vente d'une chose (28), les contrats portant sur la vente de meubles aux consommateurs par des vendeurs professionnels comprennent une **garantie de conformité**.

Ces deux garanties **se cumulent** donc dans ces contrats, elles sont toutes les deux **obligatoires et gratuites**, contrairement à la garantie contractuelle (ou commerciale car elle représente un argument de vente) qui correspond à un écrit précisant les engage-

ments du vendeur (*durée, pièces et/ou main-d'œuvre, conditions de mise en œuvre...*). Cet écrit doit d'ailleurs mentionner que le vendeur reste tenu des défauts de conformité et de vices cachés du bien.

Le vendeur a donc l'**obligation de livrer un bien conforme** au contrat : **caractéristiques convenues**, et de **répondre des défauts** du bien **existant avant la délivrance** et **le rendant inapte à l'usage habituellement attendu** pour ce type de bien. L'acheteur doit prouver qu'il s'agit bien d'un défaut de conformité mais les défauts apparaissant dans les six mois sont présumés (présomption simple) exister avant la délivrance.

Le consommateur a le choix entre le **remplacement ou** la **réparation** du bien. **Si cela est impossible**, il peut demander la **résolution du contrat ou** la **réduction du prix**.

Le délai de prescription de l'action est de **deux ans** à compter de la délivrance.

IV • L'obligation de sécurité : la responsabilité du fait des produits défectueux

Voir fiche (39).

Le contrat de crédit à la consommation

Le crédit permet à un consommateur d'obtenir tout de suite une prestation (bien ou service), sans avoir les moyens de la financer car il paiera la valeur de cette prestation plus tard.

Autant le crédit peut être bénéfique à une entreprise grâce à l'effet de levier, autant il peut conduire les ménages à un état de surendettement s'ils l'utilisent pour financer leur consommation courante.

Par ailleurs, les vendeurs abusent parfois de ce moyen pour inciter les consommateurs à acheter, y compris en leur offrant des crédits gratuits. Il y a d'ailleurs plusieurs formes de crédits à la consommation : prêts personnels, crédits affectés, crédits renouvelables (ou *revolving*), location avec option d'achat (ou crédit-bail ou *leasing* (35)), cartes de crédit (34). Ils sont généralement soumis à la même législation visant à protéger le consommateur.

I • La protection du consommateur lors de la formation du contrat

A • Obligation d'information, délai de réflexion et de rétractation

La loi oblige le professionnel à remettre au consommateur une **offre préalable de crédit** précisant un certain nombre d'informations obligatoires, notamment le **TEG** (taux effectif global) et le **coût total du crédit**. Elle doit également comporter un **bordereau de rétraction** (voir fiche précédente). Cette offre est **valable au minimum quinze jours**. Le consommateur dispose alors d'un **délai de réflexion**.

En cas de non-respect, le professionnel perd ses droits sur le paiement des intérêts et peut être puni d'une amende de 1 500 €.

Après acceptation de l'offre, le consommateur dispose aussi d'un **délai de rétractation de sept jours** lui permettant de revenir sur son engagement. Aucun versement ne peut être effectué avant l'expiration de ce délai sous peine d'amende de 30 000 € pour le professionnel.

B • Subordinations réciproques des crédits affectés au contrat de vente

Un crédit est **affecté lorsqu'il est destiné au financement d'un achat particulier mentionné dans l'offre préalable** *(voiture, cuisine...)*. **Le contrat de vente** ou de prestation de service **doit préciser que le paiement du prix s'effectuera**, en tout ou en partie, **à l'aide d'un crédit**.

La loi rend les deux contrats interdépendants en les subordonnant l'un à l'autre. Ainsi, le consommateur ne peut se retrouver lié par le contrat de vente en cas de non-obtention du crédit, ou s'il exerce son droit de rétractation. À l'inverse, il ne pourra se trouver lié à un crédit (qui a un coût) alors que la vente ne se fait pas.

Ainsi, si le contrat principal de vente est résolu ou annulé, le contrat accessoire de crédit l'est aussi. Le crédit ne commence d'ailleurs qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation.

De même, si le contrat de crédit ne voit pas le jour (refus de l'organisme ou rétractation), le contrat de vente est résolu de plein droit. Si le client désire une livraison immédiate, le délai de rétraction expire à la date de la livraison.

III • Les effets du contrat de crédit

A • Le remboursement anticipé

Pour ne pas faire supporter à l'emprunteur un coût de crédit devenu inutile et permettre un désendettement, **l'emprunteur peut rembourser par anticipation et sans indemnité**, en partie (au moins trois fois le montant de la prochaine échéance) ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti.

Le prêteur pourra demander des pénalités si une clause le prévoit, d'où l'intérêt, pour l'emprunteur, de refuser une telle clause ou encore, d'insérer une clause de remboursement anticipé sans frais.

B • Les effets du non-remboursement du prêt par le consommateur

En cas de défaillance de l'emprunteur, **le capital restant dû devient immédiatement exigible** ainsi que les intérêts échus mais non payés. Le prêteur est même en droit de demander une indemnité égale à 8 % du capital restant dû.

Cependant, l'emprunteur qui connaît des difficultés peut demander un **délai de grâce** auprès de l'organisme de crédit, qui pourra, en cas d'accord, réclamer une indemnité ne pouvant dépasser 4 % des échéances reportées.

En cas d'échec de la négociation amiable, l'emprunteur pourra **s'adresser au tribunal d'instance** pour obtenir un délai de paiement (au maximum deux ans).

En cas de surendettement, il pourra saisir la commission de surendettement qui permettra éventuellement l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement.

Les contrats portant sur le fonds de commerce : vente, location gérance, nantissement

LE FONDS DE COMMERCE CONSTITUE UNE UNIVERSALITÉ DE FAIT (19), C'EST POURQUOI IL PEUT FAIRE L'OBJET DE CONTRATS.

I • La vente du fonds de commerce

La vente du fonds de commerce est le contrat qui **transfert la propriété d'un fonds de commerce** moyennant le paiement d'un prix.

Ce contrat de vente pose des problèmes spécifiques :

- Le fonds de commerce est un bien incorporel dont la **valeur** n'est **pas toujours facile à évaluer** (clientèle).
- Il correspond à un **acte important** pour le cédant (il constitue parfois son capital retraite, il faut donc qu'il soit sûr d'être payé) mais aussi pour le cessionnaire (cela peut correspondre à son entrée dans la vie des affaires, il doit être sûr de la valeur du bien acquis).
- Il correspond à l'exploitation d'une entreprise qui a généralement des **créanciers**, et des contrats en cours, il ne faut donc pas que la cession leur porte préjudice.

La législation va ainsi avoir pour objectif de préserver les intérêts de chaque partie.

A • La formation du contrat

Les conditions de formation sont celles inhérentes à tous les contrats, on ne notera donc que les éléments spécifiques.

Pour les conditions de fonds :

- **La capacité** : un mineur **même émancipé ne peut pas être commerçant** et donc acquérir un fonds de commerce à son nom. Pour les majeurs incapables, il s'agit d'un acte de disposition (9).
- **Le consentement** : pour un couple marié, s'il s'agit d'un **bien commun**, il faudra l'**accord des deux époux** (15).
- **L'objet de la vente** : le prix du fonds est librement déterminé par les parties, mais pour des raisons pratiques, il est utile de le ventiler en fonction de ses **trois composantes** : **éléments incorporels, matériels et marchandises**.

Pour les conditions de forme : le contrat de vente est **consensuel mais** vu le **formalisme** qu'il entraîne, pour protéger les intérêts de l'acquéreur et des tiers, un écrit est toujours réalisé.

- **L'acte de vente doit contenir des informations obligatoires** : le nom du précédent vendeur, la date d'acquisition du fonds par le vendeur, le prix, les chiffres d'affaires et les bénéfices des trois dernières années, le bail commercial, sa date, sa durée, l'iden-

tification du bailleur, l'état des privilèges et nantissements constitués sur le fonds. **À défaut** d'une de ces mentions, **l'acquéreur peut**, dans l'année qui suit l'acquisition, en **demander la nullité**. Le tribunal apprécie alors si le consentement a été vicié du fait de cette omission.

- **Le vendeur doit fournir les livres comptables des trois derniers exercices**, les viser et les faire viser par l'acquéreur.
- **La vente doit être enregistrée dans le délai d'un mois** suivant le contrat (droit d'enregistrement).
- **L'acquéreur dispose d'un délai de quinze jours** pour commencer les **mesures de publicité légales** (insertion d'un avis dans un JAL : journal d'annonces légales), **dans les quinze jours qui suivent**, il doit faire apparaître la vente au **BODACC** *(Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales)*. **À défaut, il devra payer les créanciers du vendeur même s'il a déjà payé le fonds.**

B • Les effets de la vente

1) À l'égard des créanciers

Le droit d'opposition des créanciers : ils disposent de **dix jours après la dernière publicité** pour faire opposition à la vente, c'est-à-dire demander par acte d'huissier de **bloquer le prix de la vente entre les mains de l'acheteur pour se faire payer dessus.**

La faculté de surenchère des créanciers : tout créancier opposant, comme tout créancier titulaire d'un privilège, s'il estime le prix de cession dérisoire, a le droit de faire une surenchère d'au moins un sixième de plus que le prix annoncé dans les dix jours de la dernière publicité.

Les contrats en cours (de travail, de vente…) sont maintenus selon le principe de la continuation des contrats en cours.

2) À l'égard des parties

Le transfert de propriété du fonds : sauf clause particulière, il intervient **dès le consentement entre les parties** et rend la cession du fonds opposable aux tiers même avant toute mesure de publicité.

En revanche, pour certains éléments comme les propriétés industrielles, des formalités sont nécessaires auprès de l'INPI.

Les obligations du vendeur :

- obligation **de délivrance** à la date convenue ;
- obligation **de garantie contre les vices cachés** ;
- obligation **de renseignement** (informations sur le fonds) ;
- obligation **de garantie d'éviction ou de non-rétablissement** : le fonds de commerce reposant sur la clientèle, le cédant s'interdit de concurrencer l'acquéreur après la cession en se réinstallant à proximité. Cette garantie **peut être mieux définie par une clause de non-concurrence ou de non-rétablissement** mais existe même en l'absence de clause.

Les obligations de l'acheteur :

- obligation **de retirement ;**
- obligation **de payer le prix** : la vente du fonds se faisant généralement à crédit. Le **vendeur dispose** d'un privilège sur le fonds qui lui confère un **droit de préférence** et un **droit de suite** en cas de non-paiement. Il pourra aussi exercer une action résolutoire.

II • La location gérance du fonds de commerce

La location gérance est un contrat par lequel le **locataire gérant prend en location le fonds de commerce pour l'exploiter à ses risques et périls** en contrepartie du paiement d'une **redevance.**

Mais ses conséquences sont importantes car le **locataire gérant devient commerçant et le bailleur (le propriétaire) cesse de l'être**, d'où la nécessité des mesures de **publicité.**

Il ne faut **pas confondre** le **contrat de location gérance** qui porte sur le fonds de commerce et le **contrat de bail commercial** qui porte sur les « murs », le local dans lequel est exploité le fonds (19).

A • La formation du contrat

Les conditions de fond (spécifiques à ce contrat) :

- Le **locataire gérant** doit avoir la **capacité à être commerçant.**
- En principe, le **propriétaire** du fonds doit avoir **exploité depuis au moins deux ans** le fonds mis en location.

Les conditions de forme :

Le contrat est constaté par un **écrit** et **publié dans un JAL.** Cette publication est **extrêmement importante** car :

- **jusqu'à la publication et durant les six mois qui la suivent, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par ce dernier** à l'occasion de l'exploitation du fonds ;
- **dans les trois mois** à compter de la publication, **les créanciers du loueur peuvent demander au tribunal de commerce de déclarer immédiatement exigibles leurs créances** afférentes à l'exploitation du fonds s'ils estiment que la location gérance entraîne un risque de recouvrement.

B • Les effets

Les obligations du loueur :

- **délivrance du fonds** : garantir la jouissance paisible du fonds ;
- **garantie contre les vices et contre l'éviction** (voir ci-dessus).

Les obligations du locataire gérant :

- **payer la redevance** (fixe ou indexée) ;
- d'**exploiter le fonds en « bon père de famille ».**

À la fin du bail, le locataire gérant n'a droit à **aucune indemnité**, même si la valeur du fonds a sensiblement augmenté, on considère qu'il s'est rémunéré sur les bénéfices. La fin de la location gérance **rend immédiatement exigible les dettes** afférentes à l'exploitation, contractées par le locataire gérant.

III • Le nantissement conventionnel du fonds de commerce

Il correspond au contrat par lequel le **propriétaire du fonds l'affecte en garantie** de l'exécution d'une obligation *(par exemple, un emprunt ayant servi à financer l'achat du fonds)* (12).

A • Formation

Il doit être constaté par **acte notarié ou sous seing privé enregistré.** Les tiers sont avertis par son **inscription sur un registre spécial** au greffe du tribunal de commerce **dans les quinze jours.**

B • Les effets

Le **nantissement** correspond à une **sûreté réelle sans dépossession,** il procure au créancier un **droit de préférence** et un **droit de suite.**

Le créancier bénéficie aussi d'une **protection contre certains actes pouvant faire diminuer la valeur** du fonds : le **déplacement** ou la **déspécialisation** doivent faire l'objet d'une autorisation ; en cas de **résiliation du bail commercial,** il doit être averti pour éventuellement pouvoir se substituer au locataire afin de préserver le bail.

Les comptes bancaires

ON DISTINGUE LE COMPTE DE DÉPÔT, OU COMPTE CHÈQUE, QUI EST DESTINÉ AUX PARTICULIERS QUI N'AGISSENT PAS À DES FINS PROFESSIONNELLES – DÉPÔT PRÉALABLE DE FONDS ET UTILISATIONS DE CES FONDS PAR DES MOYENS DE PAIEMENT – ET LE COMPTE COURANT CORRESPONDANT AUX BESOIN DES COMMERÇANTS ET DES ENTREPRISES.

I • L'ouverture (création) du compte

Toute personne physique et morale **a le droit de posséder un compte bancaire** dans la mesure où certains paiements ne peuvent pas s'effectuer en espèce (27).

Une banque peut cependant refuser l'ouverture d'un compte car il s'agit d'un contrat *intuitu personae*, elle n'est pas soumise au refus de vente.

En cas de refus successif, la personne peut s'adresser à la **Banque de France** qui **désignera une banque** pour l'ouverture du compte.

Lors de l'ouverture du compte, la banque a :

- **une obligation de vigilance** : elle doit vérifier l'**identité**, le **domicile** et la **capacité du futur client**. Le mineur non émancipé n'a pas la capacité d'exercice, il devra être représenté par ses parents ou tuteur. Pour une personne morale c'est le représentant légal (ou un mandataire) qui devra procéder à l'ouverture du compte.
- **une obligation d'information** : depuis la loi du 11 décembre 2001, elle doit **établir par écrit une convention** de compte précisant les différents **tarifs** de ses services et les **conditions générales d'utilisation** du compte. Dans le cas contraire, sa responsabilité contractuelle pourra être engagée.
- **une obligation de déclaration** auprès du service TRACFIN du ministère de l'Économie et des Finances lorsqu'elle suspecte que les fonds déposés pourraient provenir d'activités non légales.

Une personne peut ouvrir plusieurs comptes bancaires. Dans ce cas, chaque compte est réputé être indépendant des autres (principe d'indépendance des comptes).

Plusieurs personnes peuvent ouvrir un compte joint (*couple*), dans ce cas, chaque titulaire peut effectuer toutes les opérations sans l'autorisation de l'autre mais ils sont solidaires vis-à-vis de la banque.

II • Le fonctionnement du compte

Lors du fonctionnement du compte, **la banque a** :

- **une obligation de garde** : le banquier est obligé de conserver en tout temps l'équivalent des fonds qui lui ont été confiés ;
- **une obligation de restitution** : à tout moment le client peut exiger la restitution de ses fonds (restituable *ad nutum* : restituable sans motif), ce qui pose le problème (très actuel) de la liquidité bancaire ;

- **une obligation d'information** : en cas d'évolution des conditions générales et des tarifs, le client doit en être informé par écrit au moins trois mois avant. La banque doit fournir un **relevé de compte** au moins une fois par mois.

On distingue les **services bancaires de base** : *tenue du compte, relevés de compte périodiques, relevés d'identité bancaire…* **auxquels a droit tout titulaire de compte** bancaire (ce qui ne signifie pas qu'ils sont gratuits !) et les **autres services** bancaires qui peuvent ou non, être proposés au client : *délivrance d'un chéquier, autorisation de découvert.*

À défaut d'autorisation de découvert, le titulaire d'un compte de dépôt doit s'assurer que son compte présente toujours un **solde créditeur**. Depuis un arrêté du 8 mars 2005, il n'est plus interdit aux établissements de crédit de rémunérer les comptes de dépôt.

III • La fermeture (clôture) du compte

Si la convention de compte est à durée indéterminée (ce qui est généralement le cas) **chaque partie peut y mettre fin à tout moment**, à condition de respecter une procédure comprenant un délai de préavis raisonnable (minimum quarante-cinq jours après la notification pour la banque).

Pour favoriser la concurrence entre les établissements de crédit, depuis janvier 2005 **la banque n'a plus le droit de facturer des frais de fermeture** de compte de dépôt.

Chaque partie peut demander la résiliation de la convention de compte si l'autre partie ne respecte pas ses obligations.

Le caractère *intuitu personae* de la convention de compte entraîne la **fermeture du compte à la mort du client.**

La clôture du compte rend exigible le solde (alors qu'il n'est que disponible durant son fonctionnement).

Les transferts de fonds

La monnaie scripturale correspond à la somme inscrite au crédit d'un compte bancaire. Elle présente de très nombreux avantages (sécurité, immatérialité, traçabilité...), mais elle nécessite des instruments de paiement (moyens de transfert) pour être utilisée.

Ces moyens possèdent chacun des avantages (sécurité, rapidité) et des inconvénients (coût) différents.

La date de valeur est la date à laquelle le compte est réellement débité ou crédité. Il peut y avoir un décalage de quelques jours entre la date de l'opération de transfert et la date de valeur...

I • Le virement et ses dérivés

Le virement correspond à un transfert de fonds du compte du débiteur au compte du créancier par un simple jeu d'écriture.

L'ordre du virement peut être écrit ou verbal, il est donné par le débiteur. Il est **révocable** jusqu'à l'inscription de la somme au débit du compte du débiteur et **vaut paiement à la date de son exécution**, c'est-à-dire lorsque la somme est inscrite au crédit du compte du bénéficiaire. Il peut être occasionnel ou permanent (paiement périodique d'une somme d'un même montant : loyer).

L'exécution du virement nécessite des fonds suffisants au crédit du compte ou une autorisation de découvert.

Pour simplifier les paiements périodiques de montants variables *(téléphone, électricité)* **l'avis de prélèvement** et le **titre interbancaire de paiement** (**TIP**) ont été créés. Ce sont des titres préétablis par le créancier.

Dans le cas de l'avis de prélèvement, le débiteur signe une **autorisation de prélèvement** que lui fournit le créancier et qui l'autorise à s'adresser à sa banque pour le règlements des factures qui lui seront dues. Il autorise aussi sa banque à payer à réception de ces avis.

Dans le cas du TIP, le débiteur garde la maîtrise des paiements dans la mesure où son autorisation est ponctuelle. Le créancier joint un TIP à chaque facture que le client n'a qu'à dater et signer. Le TIP étant préétabli par le créancier.

II • Le chèque

Le chèque est un instrument de paiement dont le tiré est une banque.

A • L'émission

Le chèque met en relation **trois personnes** :

- **le tiré**, qui représente la personne qui paie ;
- **le tireur**, qui émet l'instrument de paiement ;
- **le bénéficiaire**, qui reçoit la somme.

Le tiré étant la banque, c'est elle qui paie sur présentation du chèque, mais évidemment, la convention de compte l'autorise à débiter le compte du tireur. On comprend pourquoi la banque n'est pas obligée de délivrer des chèques à tous ses clients. Cependant, de nombreuses dispositions limitent ses risques. Elle doit vérifier lors de la première demande, auprès de la Banque de France, que le client n'est pas interdit bancaire.

Le chèque est un instrument de paiement au comptant. Avant d'émettre un chèque, **la provision** du compte **doit être** :

- **préalable** : avant l'émission ;
- **suffisante** : d'un montant au moins égal au chèque ;
- **disponible** : ne pas avoir émis d'autres moyens de paiement.

Le chèque peut être réalisé sur n'importe quel support écrit à condition de contenir toutes les **mentions obligatoires.** Mais pour des raisons pratiques (traitements automatisés), les formules de chèques sont normalisées et fournies par les banques.

B • La transmission

Il existe **deux types de chèques** :

- **les chèques pré-barrés** qui ne sont endossables (signature au dos) qu'au profit d'une banque ;
- **les chèques non-barrés, dits au porteur**, car il peuvent circuler d'une personne à l'autre, on parle d'**endossement translatif**. Il suffit de signer au dos pour s'en servir comme moyen de paiement.

Le deuxième type a longtemps été utilisé comme moyen de paiement pour des transactions dissimulées au fisc. Depuis décembre 1978, les chèques délivrés par les banques sont pré-barrés et les chèques non-barrés supportent une taxe (1,50 € par chèque) et la banque doit signaler l'identité du client aux services fiscaux.

C • Le paiement

Si le chèque est **barré**, il ne peut être **payé** par le tiré **qu'à un banquier** ou l'un de ses propres clients. S'il n'est **pas barré**, la personne qui remet le chèque en paiement doit justifier de son identité et le chèque doit être **présenté au lieu indiqué sur le titre**, au guichet du tiré. Le chèque **doit être présenté dans les huit jours de son émission mais** la loi prévoit que, si la provision existe, **la banque doit payer le chèque même après ce délai**.

Par contre, **l'action du porteur contre le tiré se prescrit un an après** l'expiration du délai de présentation.

Le banquier a l'obligation de vérifier l'existence de la provision ainsi que l'authenticité de la signature, et l'absence d'opposition avant de payer le chèque s'il est provisionné. Sinon, il engage sa responsabilité.

L'opposition consiste en une interdiction de payer le chèque demandée par le tireur (le client) au tiré (le banquier). Elle est interdite sauf en cas de perte ou de vol.

D • Le chèque sans provision

Si la provision est insuffisante, le banquier ne doit pas payer le chèque (sauf si le montant ne dépasse pas 15 €). La procédure du chèque sans provision concerne à la fois le tireur, qui est débiteur, et le bénéficiaire qui veut se faire payer sa créance.

Le banquier doit établir une **attestation de rejet** qu'il adresse au porteur et informe son client de l'incident de paiement.

Le tireur dispose alors de **trente jours pour régulariser** la situation, soit en payant directement le créancier et en récupérant le chèque, soit en constituant une provision suffisant pour le règlement du chèque lors d'une deuxième présentation. Il devra acquitter également une **pénalité libératoire** dont le montant varie avec celui du chèque (de 22 € à 150 €).

À défaut de régularisation, le banquier établit un **certificat de non-paiement** à la demande du porteur impayé, qui, adressé au tireur, vaut commandement de payer. Si le paiement n'est pas effectué dans les quinze jours, un titre exécutoire permettra de procéder à une saisie sur les biens du tireur.

Le défaut de provision entraîne seulement une **sanction civile : l'interdiction bancaire**. Le banquier demande au tireur de restituer toutes les formules de chèques en sa possession et de ne plus émettre de chèques. L'interdiction porte sur tous les comptes du tireur et peut durer un maximum de cinq ans.

Pour éviter les chèques sans provision on peut utiliser :

- **le chèque visé** : la banque atteste de l'existence de la provision à la date du visa ;
- **le chèque certifié** : le banquier certifie que la provision existe et s'engage à bloquer la provision pendant huit jours ;
- **le chèque de banque** : c'est la meilleure garantie dans la mesure où la banque est à la fois le tiré et le tireur, mais il entraîne un coût et nécessite un délai.

Les chèques, même s'ils sont encore remis gratuitement aux clients, représentent un **coût de traitement élevé pour les banques et les fournisseurs** (coût administratif d'encaissement). D'où l'intérêt des modes de paiement électroniques comme les cartes bancaires.

III • La carte bancaire

Il existe plusieurs types de cartes : les carte de retrait, les cartes de paiement, les cartes de crédit (paiement différés) et les cartes internationales.

Le paiement par carte crée **deux contrats** :

- **le contrat porteur**, entre le titulaire de la carte (le porteur) et l'établissement bancaire ;
- **le contrat fournisseur**, entre le titulaire de la carte et le fournisseur.

A • Le contrat porteur

Une convention définit les modalités d'utilisation des cartes bancaires.

La **signature** est représentée par le **code secret à quatre chiffres** : toute transaction effectuée à l'aide de ce code est supposée avoir été effectuée par le porteur s'il n'y a pas eu d'opposition.

La clause contractuelle qui détermine ce moyen de preuve est licite. En cas de perte ou de vol, le porteur est donc **responsable des paiements effectués avant l'opposition** mais dans la limite d'un **plafond de 150 €**. Des assurances peuvent diminuer ce plafond.

L'opposition est impossible, sauf en cas de perte ou de vol, ou d'utilisation frauduleuse.

Par contre, la **responsabilité du titulaire** n'est **pas engagée en cas de paiements frauduleux, à distance et sans utilisation physique de la carte** (télépaiement). Les sommes contestées doivent être recréditées sur son compte dans un délai d'un mois.

B • Le contrat fournisseur

Le professionnel affilié a l'obligation d'accepter le paiement par carte.

Il doit vérifier, selon une procédure, la validité de la carte. En contrepartie, il est garanti d'être payé. L'émetteur de la carte retient une **commission d'environ 1 %** mais les transactions administratives sont beaucoup moins contraignantes que dans le cas du chèque.

Les contrats de crédit aux entreprises

I • Le contrat de prêt

Le prêt d'argent est un contrat par lequel **le prêteur remet une somme d'argent à l'emprunteur, qui s'engage à rembourser salon les modalités prévues et à payer les intérêts convenus.**

Contrairement au contrat de crédit à la consommation, il n'a pas à obéir aux règles protectrices du droit de la consommation (31) car on estime que le professionnel sait défendre ses intérêts.

Il n'y a donc que très peu de contraintes. **Le taux de l'usure** – taux maximal fixé par la Banque de France – **n'est applicable que pour les découverts bancaires.**

Dans le cas de **taux variable** protégeant les parties de l'évolution de l'inflation, **l'indexation doit se faire sur un indice en relation avec l'objet du contrat ou de l'activité** *(coût de la construction pour un prêt immobilier).*

II • Les crédits avec mobilisation de créances

Dans le monde des affaires, les **règlements** se font généralement **à crédit.** Les clients payant au comptant bénéficient de ristournes. Les entreprises se retrouvent donc avec des créances clients à leur actif mais peuvent parfois **manquer de trésorerie** pour payer leurs dettes exigibles.

C'est pourquoi des techniques leur permettent de **mobiliser ces créances** auprès d'organismes financiers pour obtenir des liquidités.

A • L'escompte des effets de commerce

Un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre), est un **titre de paiement qui,** contrairement au chèque, **comporte une échéance.** Le tiré bénéficie donc d'un crédit à court terme.

L'escompte est l'opération par laquelle une personne **remet un effet de commerce à une banque qui lui en paie immédiatement le montant** diminué d'agios, correspondant au taux d'escompte appliqué au délai courant jusqu'à l'échéance, et d'une commission pour service rendu.

L'escompte **a pour effet la transmission de la propriété du titre** de créance avec tous les droits qui s'y rattachent. On dit que le banquier est **subrogé** dans les droits du créancier.

À l'échéance, l'effet est payé par le tiré au banquier.

En cas de non-paiement, le banquier peut exercer tous les **recours vis-à-vis du tiré** mais généralement la convention d'escompte comporte souvent une **clause** stipulant que l'escompte s'opère « **sous condition d'encaissement** », ce qui autorise la banque à se faire

rembourser par son client qui lui a escompté l'effet. Elle lui restitue alors l'effet afin qu'il puisse exercer lui-même les recours contre le tiré.

B • L'affacturage

L'affacturage est un contrat par lequel un établissement de crédit spécialisé, appelé **factor, achète les créances détenues par un fournisseur sur ses clients, en contrepartie d'une rémunération**.

Le factor reçoit les factures et le cédant se fait payer immédiatement. Cette technique **permet non seulement au cédant d'obtenir de la trésorerie** (comme dans le cas de l'escompte) **mais elle lui évite aussi tous les coûts liés au recouvrement des créances** (contentieux éventuel). C'est **le factor** qui **supporte le risque de non-paiement.**

Évidemment, ces avantages ont un coût que représente la rémunération du factor et qui dépend de la « qualité » et du nombre de clients. Le client du factor s'engage à transmettre **l'ensemble de ses factures** correspondant à des opérations effectivement réalisées. Il doit aussi informer ses clients que seul le paiement au factor est libératoire. **Les clients du cédant deviennent donc débiteurs du factor.**

C • Le bordereau Dailly

Le bordereau Dailly, du nom du sénateur qui en est à l'origine, correspond à une **technique permettant à un professionnel (le cédant) de céder à une banque (le cessionnaire) un ensemble de créances** dont il dispose sur ses clients **en ne transmettant simplement qu'un bordereau récapitulatif de celles-ci.**

Les **conditions** sont les suivantes :

- Les créances doivent être des **créances professionnelles.**
- Le cessionnaire doit être une **banque** ou un établissement de crédit ou d'affacturage.
- Le bordereau doit comporter des **mentions obligatoires** pour identifier les créances.

La transmission du bordereau entraîne la cession des créances en échange d'un paiement immédiat. Le cessionnaire a la possibilité de **notifier la cession** de la créance au débiteur afin qu'il sache à qui payer et dans ce cas il lui est interdit de payer à une autre personne au risque d'être amené à payer deux fois.

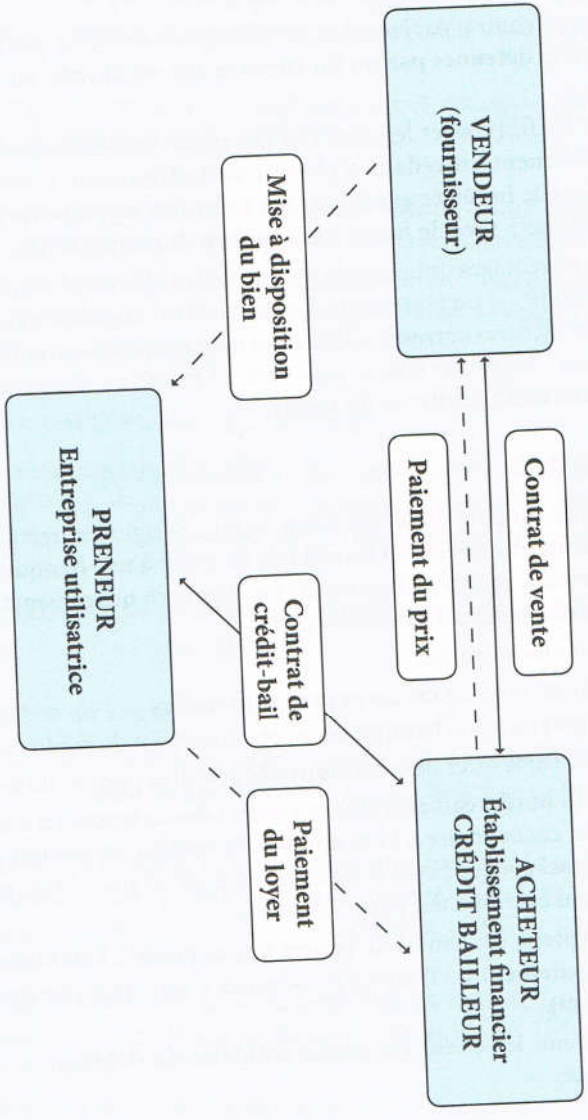
Si le débiteur accepte la cession, il ne pourra **pas opposer à l'établissement de crédit les exceptions au paiement** qu'il aurait pu opposer à son créancier (inexécution d'une obligation de celui-ci).

À défaut de paiement, le cédant est garant solidaire du débiteur, il doit donc payer le banquier à sa place.

II • Le crédit sans mobilisation de créance : le crédit-bail mobilier

Le **crédit-bail** met en œuvre **deux contrats** et met en relation **trois parties.**

Le crédit-bail



Ce contrat permet aux entreprise de **disposer d'un bien sans mise de fonds initiale**. Il constitue donc une forme de crédit à moyen terme.

L'originalité par rapport à un financement à crédit classique se trouve dans les **trois options** qu'il offre **en fin de contrat** et prévues dès la formation de celui-ci :

- **l'acquisition du bien** à un prix fixé d'avance et tenant compte des loyers versés au cours du contrat ;
- **la restitution du bien** : ce qui peut être très intéressant pour des biens rapidement obsolètes (informatique) ;
- **la reconduction du crédit-bail** à de nouvelles conditions.

Par rapport à un contrat de **location** classique, il offre **l'avantage du choix du bien** sur lequel porte le contrat dans la mesure où c'est **l'entreprise utilisatrice qui va choisir et négocier le bien** auprès du vendeur. Il est **réservé aux biens meubles à usage professionnel**.

En revanche, **il peut nuire aux intérêts des créanciers** de l'entreprise utilisatrice qui peuvent penser que le bien lui appartient. C'est pourquoi ce contrat fait l'objet de **mesures de publicité obligatoires** : inscription valable cinq ans et renouvelable sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. Le preneur est par ailleurs tenu de **mentionner l'opération** de crédit-bail **dans l'annexe de son bilan** sous peine de sanction pénale.

Les différentes formes de responsabilité

ÊTRE RESPONSABLE EST À LA FOIS MOTIVANT POUR L'ÉPANOUISSEMENT D'UNE PERSONNE, ET CONTRAIGNANT CAR C'EST AUSSI L'OBLIGATION POUR ELLE, D'ASSUMER SES ACTES.

L'OBLIGATION EST UN LIEN DE DROIT ENTRE UN CRÉANCIER ET UN DÉBITEUR. L'OBLIGATION (VERSUS CRÉANCE) EST LE DROIT DU CRÉANCIER D'EXIGER DU DÉBITEUR L'EXÉCUTION D'UNE PRESTATION DE DONNER, DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE L'OBLIGATION (VERSUS DETTE).

LA RESPONSABILITÉ REVÊT PLUSIEURS FORMES : ELLE PEUT ÊTRE CIVILE OU PÉNALE. QUANT À LA RESPONSABILITÉ CIVILE, ELLE PEUT ÊTRE CONTRACTUELLE OU DÉLICTUELLE.

I • La responsabilité pénale

Une personne engage sa responsabilité pénale dès qu'elle commet une infraction à la loi, et cela, même si cette infraction n'entraîne aucun préjudice pour une autre personne. Le simple fait de ne pas avoir respecté la loi, même en dehors de toute conséquence dommageable, est puni comme la commission d'une infraction. En effet, la loi pénale est justement établie pour protéger la société (1) et assurer la sécurité des personnes et/ou des biens contre des comportements violents, malhonnêtes, ou dangereux. *Par exemple, ne pas respecter un feu rouge est punissable même s'il ne s'est pas produit d'accident.* Le fait qu'aucun dommage ne se soit produit, n'en rend pas moins l'acte dangereux pour la société.

Les infractions ou actes délictueux sont classées en fonction de leur gravité et sont traités par des juridictions différentes pour les personnes morales et les personnes physiques majeures :

- les **contraventions** (les moins graves) : **tribunal de police et tribunal de proximité** ;
- les **délits** : **tribunal correctionnel** ;
- les **crimes** : **cour d'assises**.

II • La responsabilité civile

La responsabilité civile a pour objet la **réparation du préjudice (ou dommage) causé à la victime (créancier de l'obligation) par l'auteur du dommage (débiteur de l'obligation)**.

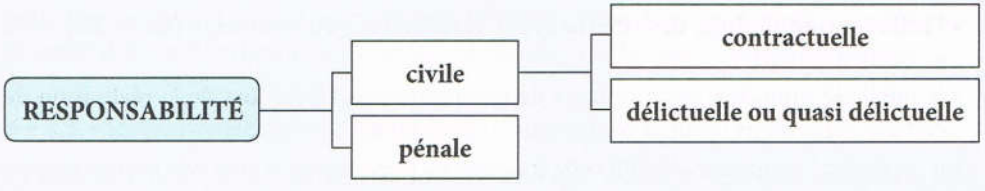
Ce préjudice peut provenir de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat ou de l'une de ses clauses, il s'agit alors de la **responsabilité contractuelle** dont le fondement est l'article 1147 du CC (27).

En dehors de tout contrat, le préjudice peut résulter d'un fait dommageable : **l'article 1382 du CC** énonce les fondements de la **responsabilité délictuelle**. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

En outre, **l'article 1384 du CC** instaure en plus de la **responsabilité du fait personnel**, celle du **fait d'autrui** et celle du **fait des choses** ! « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

Donc, tout dommage causé doit être réparé, même s'il n'y a pas eu intention de nuire. En revanche, l'existence ou non de cet élément intentionnel, de cette volonté de nuire, permet de distinguer la **responsabilité délictuelle** (fondée sur un **fait volontaire**) de la **responsabilité quasi délictuelle** (causée par un **fait involontaire**.)

À NOTER : un même fait peut engager uniquement la responsabilité pénale ou la responsabilité civile, mais de nombreux faits engagent à la fois la responsabilité civile et pénale d'une personne. Un vol, par exemple, devra être puni pénalement mais la victime devra aussi être dédommagée (41) (pour connaître les liens entre la procédure civile et la procédure pénale).



Les trois fonctions de la responsabilité délictuelle : réparer, prévenir et punir

I • La fonction de réparation

C'est la plus importante, elle est énoncée dans l'article 1382 du CC : « …oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le **réparer**. » **La victime d'un dommage a droit à la réparation** de son préjudice.

Cependant, la réparation de certains dommages, corporels par exemple, pose des difficultés. C'est pourquoi la **réparation** peut être faite **en nature** (remise en état) mais aussi **par équivalent pécuniaire** (dommages-intérêts) ou **par équivalent non pécuniaire** : *publication dans un journal d'un jugement de condamnation pour diffamation.*

II • La fonction de prévention

La prévention du dommage est fondée sur plusieurs mécanismes de dissuasion :

- **l'intervention du juge des référés** avant la réalisation du dommage *(saisie d'un livre avant sa parution)* ;
- la publicité donnée à des montants de réparation très élevés lors de la réalisation de certains dommages *(pour la contrefaçon, par exemple).*

En revanche, l'assurance affaiblit cette fonction de prévention : *à quoi bon rentrer ses pots de fleurs en cas de tempêtes puisque l'on est assuré.*

III • La fonction de punition

Le fait, pour l'auteur du dommage, d'être condamné à payer pour réparer constitue en soi une punition.

Les juges apprécient souverainement le montant des dommages-intérêts en tenant compte de la gravité de la faute, mais en matière civile, le but est de réparer le préjudice subi, tout le préjudice mais seulement le préjudice.

> À NOTER : quand un même fait engage à la fois la responsabilité civile et la responsabilité pénale de l'auteur, **il ne faut pas confondre les dommages-intérêts** versés à la victime pour réparer le préjudice **et les amendes** versées au Trésor public pour sanctionner l'infraction.

Les fondements de la responsabilité délictuelle : théories de la faute, du risque et de la garantie

L'ARTICLE 1382 DU CC ÉNONCE LES TROIS FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE :

- LA FAUTE ;
- LE DOMMAGE ;
- LE LIEN DE CAUSALITÉ.

I • La faute

La preuve de la faute est souvent difficile à rapporter *(dans le cas d'une obligation de moyen par exemple)*. En outre, le développement de la société industrielle a créé des environnements dangereux *(machines, usines chimiques)*, et a mis en circulation des produits dangereux *(automobiles)*.

Or si la victime ne peut pas prouver la faute de l'auteur, elle ne sera pas indemnisée. **C'est pourquoi le droit a évolué en complétant la théorie de la responsabilité fondée sur la faute, dite « subjective », par une théorie fondée sur le risque, dite « objective ».**

II • La théorie fondée sur le risque

La théorie fondée sur le risque repose sur l'idée que celui qui agit doit assumer « les risques » liés à son activité *(exemple : risques liés à la circulation automobile et indemnisation des piétons en cas de problème)*.

Le **principe de précaution** a pour fondement la théorie du risque ; il rend responsable tous ceux qui n'auront pas adopté une conduite appropriée – compte tenu des connaissances scientifiques du moment – pour éviter un dommage collectif *(par exemple, de santé publique)*. La responsabilité est fondée sur le défaut d'anticipation des risques qui peuvent menacer l'avenir de notre civilisation ; même en l'absence de certitudes. *Le règlement REACH (2008) oblige les entreprises chimiques à faire la preuve de la non-nocivité de leurs produits avant leur mise en circulation.*

III • La théorie de la garantie

La théorie du risque est prolongée par la **théorie de la garantie** qui envisage la réparation du préjudice subi par la victime comme une priorité.

Ce mouvement en faveur des victimes est renforcé par la jurisprudence qui impose la **solidarité** (obligation *in solidum*) entre les différents responsables, et augmente ainsi les chances d'indemnisation. L'augmentation de la responsabilité engendrée par l'application de ces différentes théories s'est accompagnée d'une **extension de l'assurance, souvent rendue obligatoire** *(exemple : véhicules)*.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle

La responsabilité d'une personne est engagée si la victime parvient à prouver les **trois éléments de la responsabilité civile** :

- **le fait générateur (la faute)** ;
- **le dommage** ;
- **et le lien de causalité.**

I • Le dommage ou le préjudice

Il peut être : **matériel, corporel ou moral** *(pretium doloris)* ; **patrimonial et/ou extrapatrimonial.**

Il doit être : **certain** (déjà subi et prouvé) ; **déterminé** (évaluable) ; **direct** (sauf si *dommage par ricochet)* ; **constitutif d'une atteinte à un intérêt légitime.**

II • Le lien de causalité

Il doit être **direct** et **certain.** Sa **preuve** incombe généralement au **demandeur (la victime) mais** elle est parfois si difficile à rapporter que la loi et la jurisprudence ont créé des **présomptions qui dispensent la victime d'avoir à prouver un élément.**

III • Le fait générateur

Il va dépendre du régime de la responsabilité.

a) **Pour le fait personnel, c'est la faute.**

b) **Pour le fait d'autrui** : l'objectif est de faciliter l'indemnisation de la victime en se tournant vers un responsable plus solvable.

- **Responsabilité des maîtres ou commettants** (employeurs) **du fait de leurs préposés** (salariés) (Art. 1384 al. 5 du CC) : c'est une **présomption irréfragable** (dont on ne peut pas faire la preuve du contraire) pour une meilleure garantie d'indemnisation des victimes.
- **Responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis** (Art. 1384 al. 6 du CC). Bénéficiant d'une présomption simple, cette forme de responsabilité est un peu dépassée de nos jours. Le contrat d'apprentissage s'analyse comme un contrat de travail spécifique entre commettants et préposés

c) **Pour le fait des choses (bien meuble ou immeuble) dont on a la garde** :

une chose peut concourir ou causer un dommage. La chose doit avoir eu **un rôle actif** dans la réalisation du dommage. **La responsabilité pèse sur le gardien** de la chose qui n'en est **pas forcément le propriétaire.**

Pour la jurisprudence, le gardien est la personne qui a le **pouvoir d'usage, de direction et de contrôle de la chose**, lors de la survenance du dommage *(le voleur, l'emprunteur, le transporteur mais pas le chauffeur salarié : cf. ci-dessus.)*.

La **responsabilité du fait des produits défectueux** a été instaurée par la loi du 19 mai 1998 : article 1386-1 du CC, pour tenir compte de l'évolution de la dangerosité des produits *(électriques, aérosols, chimiques.)*

Le fait générateur correspond à la **mise en circulation d'un produit qui « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. »**

L'objectif est d'indemniser l'utilisateur d'un produit qui s'est révélé dangereux, peu importe que le professionnel n'ait commis aucune faute, on peut supposer qu'il est assuré.

Le responsable est en principe le producteur. Cependant, il est possible d'agir contre le **vendeur**, le **loueur** ou « **tout autre fournisseur** » (*comme l'importateur*) si le producteur est inconnu.

La **prescription** de l'action est de **trois ans** à compter de la découverte du défaut, **mais elle s'éteint dix ans après la mise sur le marché** (**forclusion**).

IV • Les causes d'exonération de la responsabilité

Le débiteur peut généralement invoquer trois causes d'exonération :

- la **faute de la victime** (parfois **inexcusable** : *piétons*) ;
- le **fait d'un tiers** ;
- la **force majeure** (élément imprévisible, irrésistible et extérieur).

Quant à la prescription de l'action en responsabilité civile délictuelle, elle est de **dix ans** à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

La responsabilité pénale

Le droit pénal a pour but la défense de l'ordre public, la sécurité des personnes et des biens et la sauvegarde des libertés individuelles en sanctionnant tout délinquant dont le comportement leur a porté atteinte.

Seul le pouvoir judiciaire peut punir un délinquant : « nul ne peut pendre son voleur ». Une personne engage sa responsabilité pénale lorsqu'elle commet une infraction ; ainsi, un voleur repenti qui restitue les choses volées n'en n'est pas moins condamnable puisqu'il a commis l'infraction en accomplissant le vol.

L'auteur d'une infraction peut être une personne physique comme une personne morale depuis la loi du 1er mars 1994. L'incrimination des personnes morales moralise le comportement des dirigeants dont les actes en tant que mandataire social n'échappent plus à la loi et sensibilise d'autres acteurs comme les associés par le biais de lourdes condamnations financières de la personne morale.

I • Les trois éléments constitutifs de l'infraction

L'élément légal

La France est un État de droit donc (art. 111-3 du code pénal) nul ne peut être puni pour une infraction qui n'est pas définie par la loi (crime et délit) ou par le règlement (contravention).

L'élément moral ou intentionnel

Pour être punissable, l'auteur de l'infraction doit, et c'est la différence avec la responsabilité civile, avoir agi volontairement et en toute conscience, ou dans certains cas, par imprudence ou négligence.

L'élément matériel

En plus des deux premiers éléments, chaque infraction est caractérisée par la réalisation d'éléments spécifiques. *Pour le vol il y en a trois : soustraction d'une chose, la chose doit être mobilière et il doit y avoir une intention frauduleuse.*

L'infraction n'est punissable que si la preuve de l'ensemble des éléments qui la constitue peut être rapportée. La loi retient comme élément matériel, pour certaines infractions, aussi bien la **tentative** que la commission.

La tentative comprend **un commencement d'exécution** *(forcer une porte)* **et une absence de désistement volontaire** *(être interrompu par la police ou un voisin)*. Si le désistement est volontaire il n'y a plus d'élément moral. **La tentative** est punie des **mêmes peines que l'infraction consommée**.

II • La peine

La peine représente la sanction pénale.

Elle obéit à trois principes directeurs :

- Le **principe de légalité** : un juge ne peut pas prononcer une peine non prévue dans le code pénal. La loi fixe des taux maxima.
- Le **principe d'égalité** : la peine encourue par les auteurs d'infraction est la même pour tous.
- Le **principe de subjectivité** : la même infraction ne conduit pas forcément à la même condamnation. Il y a personnalisation la sanction en fonction des faits, des **circonstances aggravantes** (préméditation, récidive) ou **atténuantes**, ou de l'individu selon le **principe d'individualisation de la peine**.

La nature de la peine peut s'appréhender par son objet ou par son étendue. La **classification tripartite** distingue les peines criminelles, correctionnelles et contraventionnelles. On distingue aussi les **peines principales** des **peines complémentaires** qui peuvent s'ajouter à la peine principale *(interdiction d'émettre des chèques)*.

La peine peut prendre **plusieurs formes** et poursuivre des **buts différents**. **Elle peut porter atteinte** :

- **à la personne** : peine privative de liberté ;
- **aux biens** : paiement d'une somme d'argent ;
- **aux droits** en privant le condamné de certaines prérogatives.

La procédure pénale et le procès

I • Les actions

A • L'action publique

Elle est **exercée par les magistrats du Parquet** (5), au nom de la société aux fins de sanctionner le coupable d'une infraction pénale.

Le procureur de la République apprécie la suite à donner lorsqu'il reçoit les plaintes et les dénonciations :

- **Il peut classer sans suite.**
- **Il peut engager les poursuites** soit par une **citation directe** devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel, soit par d'autres procédés comme la **médiation pénale** (7) ou la **comparution préalable de culpabilité** (procédure dite du « plaider coupable ») où le procureur propose à l'accusé qui reconnaît les faits une peine moins forte.

Il peut cependant **recevoir l'ordre de sa hiérarchie de poursuivre, et la partie civile peut l'inciter à poursuivre** par la citation directe ou par la plainte avec constituions de partie civile.

L'action publique se prescrit dans un délai de :

- **dix ans** pour les **crimes** ;
- **trois ans** pour les **délits** ;
- **un an** pour les **contraventions.**

B • L'action civile

Elle correspond à l'**action en justice exercée par la ou les victimes d'une infraction pénale pour obtenir des dommages-intérêts** en réparation. Elle **peut être exercée en même temps que l'action publique devant un juge pénal, ou séparément devant un juge civil.**

La victime a donc le choix entre deux types de procédure. **La procédure pénale est moins coûteuse** car elle est de type **inquisitoire** (5). Elle sera aussi **plus rapide** si un procès pénal est engagé contre l'auteur car « **le criminel tient le civil en l'état** » : le juge civil doit attendre la décision du juge pénal, et « **le criminel emporte le civil** » : le juge civil est en principe lié par la décision du juge pénal.

Le délai de **prescription** de l'action civile est de **trente ans devant les tribunaux civils alors qu'elle obéit aux mêmes délais** de prescription **que l'action pénale devant les juridictions pénales.**

II • L'instruction préparatoire

A • Le rôle de l'instruction préparatoire

La recherche de la vérité va guider la procédure pénale. Le **juge d'instruction** (ou la chambre d'instruction an niveau des cours d'appel), **instruit l'affaire à « charge et décharge »**, c'est-à-dire qu'il doit retenir aussi bien les éléments qui établissent la culpabilité de la personne poursuivie que ceux qui l'en disculpent.

Sa nomination est **obligatoire en matière criminelle**, elle est facultative pour les délits et les contraventions.

L'accusé n'a pas à prouver son innocence, il bénéficie d'une **présomption d'innocence**, c'est donc **au ministère public d'apporter, par tous moyens** (*indices, témoignages, écoutes téléphoniques...*) **la preuve de l'infraction**.

B • Les pouvoirs du juge d'instruction

Il dispose de **pouvoirs très importants**. Il peut procéder à des interrogatoires, des auditions, des confrontations, demander des expertises, procéder à des perquisitions... Il peut déléguer, par un acte écrit : **commission rogatoire**, le pouvoir de faire ces actes à un **officier de police**. Il peut ordonner des **gardes à vue** de suspects, **mettre en examen** des personnes. La mise en examen est l'acte par lequel il fait connaître à une personne que, compte tenu des charges figurant dans le dossier, c'est vers elle que l'information est désormais dirigée.

La mise en examen peut s'accompagner d'un **contrôle judiciaire** qui impose des contraintes aux personnes restées libres. Il peut aussi demander le placement en **détention provisoire** au juge des libertés et de la détention.

C • Le procès pénal

L'**audience** est **publique et orale**. La **procédure** est **contradictoire**. Le magistrat commence à interroger le prévenu et reçoit ses déclarations. Le ministère public, la partie civile et la défense peuvent poser des questions. Les témoins et les experts sont entendus et questionnés. Puis commencent les **plaidoiries** de l'avocat de la partie civile, du ministère public, qui fait un **réquisitoire** au nom de la société, puis en dernier celle du conseil de la défense. Le jugement est soit rendu à la fin de l'audience, soit mis en **délibéré**.

II • Les voies de recours

Ce sont **les mêmes que pour les autres jugements** (6) avec en plus le **recours en révision** qui vise à réparer les erreurs judiciaires en matière de crimes ou de délits.

Partie 2

L'épreuve

PRÉSENTATION DE L'ÉPREUVE ET CONSEILS MÉTHODOLOGIQUES

I • Le texte officiel

La première chose à faire pour bien préparer une épreuve, et notamment une épreuve juridique, est de consulter justement la source légale qui la définit ! En ce qui concerne l'unité d'enseignement (UE) 1, *Introduction au droit,* qui nous concerne particulièrement, elle est définie comme toutes les autres UE du DCG (diplôme de comptabilité et de gestion), par le **décret n° 2006-17-06 du 22 décembre 2006,** paru au JO du 29 décembre 2006. La plupart des manuels de cours présentent, avec raison, l'extrait de ce décret concernant l'UE dont ils traitent, vous pouvez donc facilement y avoir accès.

En ce qui concerne l'unité d'enseignement (UE) 1, Introduction au droit, qui nous concerne particulièrement, elle est définie comme toutes les autres UE du DCG (diplôme de comptabilité et de gestion), par le **décret n° 2006-17-06 du 22 décembre 2006,** paru au JO du 29 décembre 2006.

L'intérêt de se référer à ce texte est double.

D'une part, il permet de connaître l'ensemble des notions et contenus qu'il faut maîtriser pour pouvoir passer avec succès cette UE (toutes les notions que nous présentons dans la première partie de cet ouvrage).

Pour les candidats, la lecture de ce texte, et notamment le contenu de la colonne de droite (voir l'extrait page suivante), permet d'avoir une idée précise du niveau des connaissances exigées. Il faut en effet se méfier de certains ouvrages de cours qui, pour des raisons pédagogiques et/ou commerciales, ne coïncident pas totalement avec ce référentiel. Or, en cas de différences, c'est bien le contenu du décret qui fait foi !

Extrait du JO du 29/12/2006

4. L'entreprise et ses responsabilités (30 heures)		
4.1 L'entreprise et la responsabilité délictuelle	En développant ses activités, l'entreprise peut commettre un fait causant un dommage à autrui ; le délit et le quasi-délit engagent sa responsabilité.	Théorie de la responsabilité délictuelle : • le domaine : distinction responsabilité civile délictuelle de la responsabilité contractuelle et pénale, • les fonctions de la responsabilité délictuelle (réparer, punir, prévenir), • les fondements de la responsabilité délictuelle (faute, risque, garantie, solidarité, précaution), Les conditions de mise en œuvre : • le dommage (types, exigences relatives aux dommages réparables), • le fait générateur : le fait personnel (la faute), le fait des choses (inclusion de la responsabilité du fait des produits défectueux) et le fait d'autrui, • le lien de causalité.

Ce référentiel peut donc être utilisé comme outil de révision en tant que *check list* (liste de contrôle) : le candidat capable de décrire avec précision le contenu des notions et des termes figurant dans la colonne de droite possédera la première condition nécessaire pour réussir.

Mais cette condition n'est pas forcément suffisante ! Lorsque l'on passe une épreuve d'un examen, il faut bien évidemment avoir acquis les connaissances concernant cette épreuve, mais il faut aussi connaître, et surtout s'entraîner, dans les conditions dans lesquelles se déroule l'épreuve, c'est-à-dire la forme de l'épreuve ou plus simplement de quelle manière nous sommes interrogés.

En plus du fond, du contenu, il faut donc faire face à deux autres difficultés qui sont la forme et surtout le temps : il faut savoir lutter contre cet ennemi, c'est-à-dire savoir le gérer. L'objet de la deuxième partie de cet ouvrage est justement de vous permettre de vous y entraîner et nous espérons que la lecture de ces quelques conseils vous permettra une meilleure maîtrise du temps lors de l'examen.

Le texte officiel a également pour intérêt de préciser les modalités de l'épreuve : « Épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou de plusieurs documents et/ou une plusieurs questions. Durée de l'épreuve : 3 heures. Coefficient 1. »

Le texte officiel a également pour intérêt de préciser les modalités de l'épreuve : « Épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou de plusieurs documents et/ou une plusieurs questions. Durée de l'épreuve : 3 heures. Coefficient 1. »

Il faut donc se préparer en conséquence !

Voici quelques points à respecter depuis votre entrée dans la salle d'examen jusqu'à la fin de l'épreuve. Certaines de ces indications sont valables pour d'autres épreuves du DCG ayant des modalités similaires.

II • Approche générale du sujet

A • Préparation

Dès votre installation à votre place, positionnez votre montre face à vous et remplissez avec précision les en-têtes des feuilles d'examen, sans les numéroter, mais en en demandant un bon nombre. Cela vous occupera et vous calmera en attendant les sujets et vous pourrez éventuellement gagner quelques minutes à la fin de l'épreuve.

À la remise des sujets, n'oubliez pas de vérifier, comme il vous est demandé, que vous disposez du bon nombre de pages. La probabilité d'erreur est faible mais les conséquences peuvent être très lourdes… De plus, cela ne prend que quelques secondes.

Faites une lecture très rapide du sujet, quitte à ne lire que les paragraphes regroupant les questions : l'objectif est ici de savoir sur quels points du programme vous êtes interrogé et d'évaluer la longueur et la difficulté relative des différentes parties. Vous pouvez vous aider de l'indication du barème qui figure parfois.

B • Lecture du sujet et répartition du temps

Ensuite, faites une lecture très rapide du sujet, quitte à ne lire que les paragraphes regroupant les questions : l'objectif est ici de savoir sur quels points du programme vous êtes interrogé et d'évaluer la longueur et la difficulté relative des différentes parties. Vous pouvez vous aider de l'indication du barème qui figure parfois.

Répartissez ensuite le temps disponible qui est ici de trois heures, moins le temps consacré à la lecture et surtout à l'indispensable **relecture** de votre copie en fin d'épreuve ; c'est-à-dire en tenant compte d'une petite marge, répartissez 2 heures et demie pour l'ensemble du travail demandé.

Comme vous l'avez lu, le décret du 22 décembre 2006, donne aux concepteurs des sujets une très grande liberté dans le choix de la forme de ces sujets. En général, un sujet comporte l'étude d'une situation pratique composée de plusieurs parties indépendantes et d'une ou de deux questions de cours. Il peut aussi comprendre le commentaire d'un ou de plusieurs documents.

Donc, face à cette variété, il faut être capable d'évaluer la longueur des différentes parties et répartir le temps disponible pour chacun de ces travaux. Inscrivez la durée que vous leur avez affectée en face du numéro de la partie.

Évidemment, cette répartition doit se faire rapidement (moins de cinq minutes) mais consciencieusement. Car cela vous oblige à bien comprendre ce que l'on vous demande et de voir éventuellement la progression et la logique entre les différentes parties de la situation pratique.

Elle vous fera surtout gagner des points car en respectant cette répartition (à quelques minutes près, évidemment !) vous ne tomberez pas dans le piège qui consiste à accorder beaucoup trop de temps à la réalisation d'une partie pour la fignoler… au détriment d'une autre ! Or, souvenez-vous de votre cours d'économie : la loi des rendements dimensionnels décroissants existe aussi lors du passage d'une épreuve ! On gagne moins de points en passant un quart d'heure à fignoler ou à essayer de finir de traiter désespérément une partie qu'avec ce même quart d'heure consacré au traitement d'une nouvelle partie.

Il faut s'obliger à **traiter TOUTES les parties** car aucun correcteur ne pourra vous mettre un quelconque quart de point pour une partie non traitée. Alors que si vous avez eu le temps de montrer très rapidement que vous avez compris la question et que vous faites figurer dans votre très courte réponse quelques notions et termes essentiels, vous n'aurez certes pas tous les points consacrés à cette question, mais quelques petits points qui peuvent parfois être déterminants pour obtenir l'UE !

Pour cela, il faut avoir du temps : sachez donc vous arrêter de travailler sur une question qui vous en prend trop, même si vous ne l'avez pas complètement terminée, quitte à y revenir plus tard s'il vous reste du temps.

Si vous avez eu le temps de montrer très rapidement que vous avez compris la question et que vous faites figurer dans votre très courte réponse quelques notions et termes essentiels, vous n'aurez certes pas tous les points consacrés à cette question, mais quelques petits points qui peuvent parfois être déterminants pour obtenir l'UE !

Il faut être en forme et dynamique le jour de l'examen et être dans l'état d'esprit de vouloir « faire » au moins « 3 points à la demi-heure » !

C • Par quelle partie commencer ?

Commencez par la partie qui vous semble la plus facile, vous respecterez plus aisément la répartition du temps, et l'accumulation rapide de points vous encouragera.

Commencez par la partie qui vous semble la plus facile, vous respecterez plus aisément la répartition du temps, et l'accumulation rapide de points vous encouragera.

En revanche, il faudra penser à la fin de l'épreuve à renuméroter les copies dans l'ordre de présentation du sujet. Cela favorisera le travail du correcteur et ne peut donc vous être que favorable.

Refusez l'idée de commencer par la partie la plus difficile sous prétexte que vous êtes plus en forme en début d'épreuve. Elle risque de vous prendre beaucoup de temps, et en cas d'échec, de vous déstabiliser et de vous faire rater des questions simples.

Choisissez donc la question que vous pouvez traiter convenablement et rapidement. En principe, les parties sont indépendantes, ce qui n'est pas forcément le cas pour les questions d'une même partie. Il vaut mieux, de toutes les manières, avoir une vue d'ensemble des questions de chacune des parties sinon vous pourrez parfois avoir tendance à répondre aux questions suivantes dans les précédentes.

III • Traitement d'une partie

Nous traiterons ici uniquement de l'analyse des parties portant sur l'étude d'une situation pratique ; le traitement d'une question de cours et du commentaire d'un document (arrêt et contrat) seront vus ensuite séparément.

A • Analyse de la question sur le brouillon

Avant de répondre à la question que vous avez choisi de traiter en premier, il faut lire, cette fois-ci très attentivement, l'éventuelle introduction de la situation pratique qui figure en tout début de la présentation du cas et le texte qui présente la partie que vous êtes en train de faire.

Les informations importantes

Relevez sur une feuille de brouillon les informations importantes : secteur d'activité de l'entreprise, chiffres, montants, noms et fonctions des personnes présentées…

Dès que l'énoncé comporte plusieurs dates, réalisez un schéma représentant un axe du temps et placez, au bon endroit, les différents événements en fonction de leur date. Cela vous permettra de voir facilement et sans vous tromper si tel acte est fait *avant ou après un mariage ou encore, avant ou après une cessation de paiement.*

Prenez l'habitude de noter ces informations sur une feuille de brouillon plutôt que de les surligner car contrairement à ce que vous pensez, cela vous fera gagner du temps. En effet, le fait de les noter vous oblige d'une part à être plus sélectif dans votre analyse (cela évite de tomber dans le piège du « coloriage » où on ne sait plus vraiment ce qui est important) et surtout, dès la première lecture, de traiter l'information en classant, en regroupant ou en opposant les informations entre elles. N'oubliez pas que les informations contenues dans l'introduction générale au cas s'appliquent à l'ensemble des parties, y compris la dernière que vous ne traiterez peut être que deux heures plus tard. Laissez donc la feuille de brouillon sur laquelle vous avez relevé les informations correspondantes bien en évidence pendant toute la durée de l'épreuve.

Relevez sur une feuille de brouillon les informations importantes : secteur d'activité de l'entreprise, chiffres, montants, noms et fonctions des personnes présentées…

Vous êtes dans le cadre d'une situation pratique qui vous invite à vous plonger dans la peau d'un praticien, donc, essayez d'imaginer, de visualiser (comme dans un film) la situation que l'on vous présente, le caractère des personnages ; cela facilitera la compréhension du problème que l'on vous pose.

Ayez le réflexe de relever les faits juridiquement importants comme par exemple, *l'un des conjoints avait des économies, l'autre non ; s'il s'agit d'un consommateur ou d'un professionnel…* ou alors les informations correspondant à des éléments retenus par la jurisprudence comme *le pouvoir de contrôle, d'usage et de direction qui caractérise la garde d'une chose.* Ces informations doivent tout de suite vous interpeller et vous rappeler des notions de cours, ce sont elles qui vous permettent de soulever les problématiques juridiques en jeu.

Relire plusieurs fois la question en prenant du temps cette fois-ci pour bien la comprendre et prendre en compte tous ses aspects. De nombreux candidats, trop pressés, oublient en effet souvent une partie de la question lorsque la formulation de celle-ci contient en fait plusieurs questions. Ils perdent donc bêtement des points ! N'hésitez pas à reformuler les différents aspects de la question sur une feuille de brouillon.

Il faut dès à présent savoir que l'objectif pour chacune des questions est de présenter sur la feuille d'examen :

- un succinct **rappel des faits ;**
- l'énoncé du **problème juridique** que pose la question ;
- les **règles de droit applicables** à ce problème juridique ;
- la **solution du cas d'espèce,** c'est-à-dire l'application de ces règles de droit pour répondre à la question de la situation pratique.

Mais pour arriver à cela, il faut bien avoir conscience qu'une réflexion approfondie et préalable au brouillon est nécessaire, ce qui est d'ailleurs généralement le cas pour tous les travaux que l'on vous demande de réaliser dans l'enseignement supérieur.

Le rappel des faits

Le **rappel des faits** ne vous posera pas de problème, il suffira de reprendre en une ou deux phrases les informations importantes de la présentation de la situation que vous venez de noter. D'où l'intérêt, là encore, de noter plutôt que de surligner car vous pourrez rédiger cette partie sans regarder l'énoncé du sujet. Cela vous évitera de faire au mieux de la paraphrase, au pire du recopiage (ce qui n'est évidemment plus de mise à ce niveau d'étude).

Sachez vous arrêter aux faits ! C'est-à-dire aux éléments factuels comme dans un rapport de police. Une supposition, un doute, une crainte ou même une opinion, ne sont pas des faits. Ces éléments vous serviront certainement pour les points suivants.

L'énoncé du problème juridique

Justement, le point suivant sur la feuille d'examen devra être l'énoncé du problème juridique (ou parfois des problèmes juridiques) que pose cette situation. Mais lors de cette phase de réflexion, rien ne vous empêche de noter rapidement sur la feuille de brouillon des notions de cours se rapportant à cette situation, ou même si vous la voyez, la solution au cas d'espèce, puis de revenir sur la formulation du problème juridique et ainsi de suite. Notre réflexion fonctionne souvent mieux avec ce type de processus itératif. Mais il faut bien savoir à quoi correspondent ces trois points, ce que l'on attend du candidat. L'énoncé du **problème juridique** doit se faire en une ou deux petites phrases présentant le problème de droit que pose la question de manière générale, sans faire référence au cas d'espèce.

L'énoncé du problème juridique doit se faire en une ou deux petites phrases présentant le problème de droit que pose la question de manière générale, sans faire référence au cas d'espèce.

Il correspond un peu à la problématique dans le cadre d'une dissertation. Par exemple : *quelles sont les conséquences du mariage sur la propriété d'un fonds de commerce ou la protection de l'acheteur à crédit ou les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle… ?*

Il faut veiller à bien identifier le problème juridique car une formulation trop large par rapport à la question posée conduira à des développements hors sujet dans l'énoncé des règles de droit applicables. De même, une formulation trop étroite vous fera omettre des éléments attendus par le correcteur et donc perdre aussi des points. Le pire étant bien sûr que vous vous trompiez dans l'identification du problème juridique car cette fois-ci ce sera toute la suite qui sera hors sujet !

C'est la raison pour laquelle il ne faut pas hésiter à revenir plusieurs fois sur la formulation de celui-ci pour être certain que l'on traite le bon problème. Une question peut parfois induire deux problèmes juridiques mais rarement plus.

Les règles de droit applicables

La partie portant sur **les règles de droit applicables** peut être assimilée à une petite question de cours. C'est ici que le candidat doit montrer qu'il connaît l'ensemble des règles se rapportant au problème juridique énoncé, et là encore, en dehors de la solution du cas d'espèce, même s'il a déjà identifié la solution.

Il ne faut donc pas s'enfermer dans le cas d'espèce mais il ne faut pas non plus sortir du sujet posé par le problème juridique. C'est évidemment la partie la plus longue et donc celle qui rapporte aussi le plus grand nombre de points. En fait, elle représente le corpus des connaissances que l'expert juridique, que vous êtes censé être, doit avoir pour pouvoir résoudre tous les cas d'espèce portant sur le même problème juridique.

Le candidat devra donc mobiliser toutes les connaissances qu'il a sur ce point de la même façon que pour une question de cours, c'est-à-dire en identifiant le (les) chapitre(s) portant sur ce sujet et en notant sur une feuille de brouillon toutes les notions qu'il connaît. Sachez que les mots structurent la pensée. En cas de difficulté, il faut se forcer à réfléchir, à se questionner, à trouver des idées en s'aidant éventuellement, comme dans le cas d'une dissertation, du fameux QQOCP (qui, quoi, où, comment, pourquoi).

La partie portant sur les **règles de droit applicables** peut être assimilée à une petite question de cours. C'est ici que le candidat doit montrer qu'il connaît l'ensemble des règles se rapportant au problème juridique énoncé, et là encore, en dehors de la solution du cas d'espèce, même s'il a déjà identifié la solution.

Il devra notamment s'assurer de bien retrouver tous les concepts juridiques et d'utiliser les termes juridiques appropriés comme par exemple *hypothèque, gage et nantissement,* si le sujet porte sur les sûretés réelles. Bref, il devra montrer au correcteur qu'il a su tirer profit de l'enseignement de droit qu'il a suivi, et surtout, ne pas se contenter d'un discours de non-spécialiste. Plus vous utilisez des notions et des termes juridiques (de façon pertinente), plus vous gagnerez rapidement des points. À l'inverse, si vous décrivez une notion sans la nommer correctement, vous n'aurez pas tous les points.

Car un des objectifs de ce cours est justement l'appropriation par les étudiants d'un vocabulaire technique nécessaire à une communication efficace entre juristes. Souvenez-vous d'une audience devant un tribunal (ou allez vite y assister) et vous comprendrez très bien l'importance du rôle joué par ce vocabulaire spécifique.

Il n'y a pas que les juristes qui ont développé un langage particulier, c'est le fait de toutes sciences et même de toutes techniques, et cela n'est pas fait pour ennuyer les étudiants mais pour répondre à un besoin de précision et de concision. Que ce soit dans une charpente, un voilier ou un corps humain, il existe un mot différent pour nommer des éléments qui paraissent pourtant semblables au néophyte. Mais, ces éléments n'ayant pas la même fonction, une confusion entre eux peut avoir de fâcheuses conséquences... Par exemple, si vous traitez fiscalement de la même manière des dividendes et un salaire, qui correspondent pourtant tous les deux a des revenus, vous aurez quelques problèmes. Il en est de même si vous ne faites pas la différence entre une caution et une hypothèque alors que les deux sont des garanties de crédit ! Pour passer cette épreuve en toute sérénité il faudra donc acquérir environ 200 nouveaux mots comme dans le cas de l'étude d'une langue étrangère. On conseille généralement la tenue d'un petit répertoire ou l'utilisation d'un dictionnaire du vocabulaire juridique après avoir relevé les termes que vous ne connaissiez pas !

Une fois que vous avez noté (et non rédigé car vous n'en avez pas le temps !) ces notions sur le brouillon, vous devez prendre une ou deux minutes pour les structurer, c'est-à-dire vous poser la question (et surtout trouver la réponse) de savoir quelle idée vous allez commencer à présenter sur votre feuille d'examen, suivie de quelle autre (et pour quelle raison)...et ainsi de suite. Bref, il s'agit de faire un mini-plan afin que le lecteur correcteur soit en face d'un développement où apparaît une logique de présentation et surtout dans lequel il n'y a pas de répétition.

Mais cela est beaucoup plus facile à faire que dans le cadre d'une dissertation car le nombre de connaissances à mettre en œuvre est beaucoup plus restreint. De plus, il suffit généralement de retrouver le plan que l'on vous a exposé dans votre cours.

N'oubliez pas, cependant, de commencer par montrer l'intérêt de l'existence de telles règles, en vous appuyant sur l'importance du problème juridique que vous venez de soulever, car ces règles permettent justement d'y répondre !

Assurez-vous enfin d'avoir répondu à la question, toute la question, mais seulement à la question (si des notions vous paraissent trop éloignées, n'hésitez pas à les supprimer).

La solution du cas d'espèce

La dernière partie de votre réponse porte sur **la solution du cas d'espèce,** c'est-à-dire qu'il faut apporter ici une réponse argumentée à la situation présentée dans l'énoncé. Pour cela, vous devez fonctionner comme le fait un système expert ou plus simplement un conseiller juridique, afin de trouver la solution à une situation que lui expose son client. Un médecin procède exactement de la même façon pour trouver la pathologie de son patient et lui prescrire le traitement approprié.

Poursuivons par cet exemple qui vous est sans doute pour l'instant plus familier et analysons comment se déroule une visite chez un médecin. Le patient commence à donner des informations au médecin : « J'ai mal au genou », le médecin va alors interroger ses connaissances pour analyser les différentes pathologies possibles mais avec cette seule information on peut imaginer qu'il y en a plusieurs. Il va alors interroger le patient pour avoir d'autres informations. A-t-il reçu un coup ? Depuis combien de temps ? Peut-il faire ou non tel ou tel mouvement ?... et cela jusqu'à ce que l'ensemble des réponses lui permettent d'éliminer un grand nombre de solutions et qu'il puisse trouver la pathologie la plus vraisemblable pour lui prescrire le bon traitement ou alors demander des examens complémentaires (radios, IRM...) afin d'avoir d'autres informations.

La dernière partie de votre réponse porte sur la solution du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il faut apporter ici une réponse argumentée à la situation présentée dans l'énoncé.

Dans le domaine juridique, le processus est exactement le même et vous devrez articuler les connaissances que vous avez présentées dans le paragraphe précédant en fonction des informations contenues dans l'exposé de la situation pratique.

Par exemple, si la question (qui est classique) porte sur *le choix d'un contrat de mariage alors que l'un des conjoints est commerçant,* le **problème juridique** est donc *l'effet du contrat de mariage sur la protection des biens du commerçant et notamment ceux de son conjoint.* Vous devez donc présenter les conséquences de **l'ensemble** des différents contrats de mariage sur les biens du commerçant et de son conjoint dans le paragraphe portant sur les **règles de droit applicables.** Pour exposer **la solution**

du cas d'espèce, vous devez vous servir des informations figurant dans la présentation de la situation pratique, et que vous avez d'ailleurs, en partie, repris dans la première partie de votre réponse portant sur le **rappel des faits,** pour vous permettre d'éliminer des contrats et en préconiser un de manière argumentée.

Par exemple, si on vous dit que le conjoint possède un patrimoine important, éliminez les contrats qui font entrer ce patrimoine dans la communauté. L'information indiquant si ce patrimoine existe avant le mariage ou s'il tend à se développer après vous permettra de choisir entre le contrat de droit commun qui crée une communauté réduite aux acquêts ou alors un contrat avec séparation de biens !

Il faut aussi tenir compte des préoccupations des acteurs pour choisir la solution la plus appropriée. *Si le problème juridique porte par exemple sur le statut du conjoint du commerçant et que l'énoncé précise que le conjoint en question hésite à quitter son emploi salarié pour rejoindre le commerce de son époux(se), préconisez le statut de salarié même s'il est le plus coûteux. Le conjoint conservera une couverture sociale équivalente.*

Il faut veiller, en revanche, à ne pas répéter tous les éléments que vous avez développés dans le paragraphe précédent portant sur les règles de droit applicables. Cela vous ferait perdre du temps et introduirait des répétitions. Ici l'objectif est de donner simplement la solution au cas d'espèce en justifiant votre réponse grâce aux éléments du paragraphe précédent.

Il faut veiller, en revanche, à ne pas répéter tous les éléments que vous avez développés dans le paragraphe précédent, portant sur les règles de droit applicables. Cela vous ferait perdre du temps et introduirait des répétitions. Ici l'objectif est de donner simplement la solution au cas d'espèce en justifiant votre réponse grâce aux éléments du paragraphe précédent.

Contentez-vous simplement d'y faire référence et n'hésitez pas à utiliser les expressions du type « la solution la plus judicieuse est… car comme nous l'avons vu précédemment, elle offre tel ou tel avantage. »

L'énoncé peut parfois, mais rarement en première année, omettre volontairement des informations ce qui empêche le candidat de pouvoir trancher. Dans ce cas, le but recherché par le concepteur du sujet est que le candidat ait le réflexe de faire remarquer cette absence d'information et qu'il indique les différentes solutions en fonction des différentes possibilités. Comme le ferait d'ailleurs un conseiller juridique face à un client en cherchant à obtenir cette information pour pouvoir trancher.

Par exemple, si la question est de savoir si une personne possède, ou non, le statut de commerçant et que l'énoncé dit clairement qu'il fait des actes de commerce, pour son propre compte (à titre professionnel) mais ne dit rien qui permette de savoir s'il le fait de manière habituelle ou non.

Comme vous avez rappelé dans le paragraphe sur les règles de droit applicables qu'il faut ces trois éléments pour avoir le statut de commerçant, dans le paragraphe sur la solution du cas d'espèce vous devez faire remarquer qu'aucune information ne permet de savoir si cette personne réalise ces actes de manière habituelle, information nécessaire pour pouvoir trancher.

Vous indiquez alors que si c'est le cas, elle aura le statut de commerçant et qu'elle ne l'aura pas dans le cas contraire.

Il faut enfin savoir rester nuancé car on ignore parfois qui est de bonne ou de mauvaise foi *(dans une demande pour défaut de paiement, par exemple)*. Donc évitez de prendre partie sans arguments.

B • Rédaction sur la feuille d'examen

Commencez chaque partie sur une nouvelle page et ne traitez qu'une question par page (ou demi-page). Aérez bien votre copie, vous pouvez demander autant de feuilles que vous voulez et cela ne rendra que plus agréable la lecture de votre devoir.

Commencez chaque partie sur une nouvelle page et ne traitez qu'une question par page (ou demi-page). Aérez bien votre copie, vous pouvez demander autant de feuilles que vous voulez et cela ne rendra que plus agréable la lecture de votre devoir.

Vous pourrez surtout revenir éventuellement sur une question inachevée ou incomplète, sans transformer votre devoir en véritable jeu de piste avec une multitude de renvois pour le correcteur ou sans rajouter des paragraphes en « pattes de mouches » le plus souvent illisibles. Évidemment, il y a des limites et les feuilles doivent être quand même suffisamment remplies (respectez la nature !)

N'utilisez pas de crayon à papier (il peut s'effacer, ce qui entraîne des problèmes de preuve). Évitez l'usage de la couleur rouge ou trop pâle. Préférez l'encre noire à la bleue car les copies peuvent être numérisées avant d'être corrigées et la qualité n'en sera que meilleure.

N'employez aucune abréviation, même les plus courantes. Seuls les sigles officiels peuvent être utilisés (SARL, RCS, INPI…) et il est préférable d'indiquer l'expression littérale au moins la première fois.

Utilisez un style simple, dépouillé, avec des phrases courtes. Ne vous laissez pas influencer par les éventuelles annexes qui peuvent correspondre à des articles de journaux grand public utilisant un style « journalistique », c'est-à-dire assez provocateur ou imagé. Cela peut être jugé très péremptoire et prétentieux par le correcteur, surtout si le contenu n'est pas à la hauteur.

Évitez la première personne du singulier, « je », préférez-le « nous » ou le « on », ou la forme impersonnelle.

N'employez aucune abréviation, même les plus courantes. Seuls les sigles officiels peuvent être utilisés (SARL, RCS, INPI...) et il est préférable d'indiquer l'expression littérale au moins la première fois.

Enfin, et on ne le répétera jamais assez, soignez la présentation et l'écriture. Tracez les traits à la règle, évitez les ratures (d'où l'intérêt d'une bonne réflexion au brouillon). N'abusez pas du « blanc », correcteur ou effaceur, ce ne sont que des pis-aller, ils évitent les ratures mais ne camouflent pas pour autant une réflexion pas assez approfondie ou hésitante. Si vous avez une « mauvaise » écriture, obligez-vous quand même à bien former les lettres aux endroits stratégiques du devoir : début, titres, quitte à ralentir la cadence.

En dehors de toutes ces consignes, la rédaction sur la feuille d'examen ne pose aucun problème si l'analyse au brouillon a été efficace. Il suffit de rédiger les idées des quatre points énoncés plus haut et qui figurent sur vos feuilles de brouillon.

Veillez à noter le bon numéro de la partie et plutôt que de recopier intégralement la question, surtout si son libellé est long, obligez-vous à mettre **un titre.** Cela comporte **deux avantages :**

- **Pour vous,** trouver un bon titre est la garantie d'avoir bien compris la question et de savoir exactement ce que l'on vous demande. Le titre doit en effet synthétiser l'objet de la question, un peu comme la rubrique « objet » d'une lettre commerciale ou administrative. *Par exemple, pour la question : « Existe-t-il des moyens juridiques permettant de surmonter les difficultés de l'entreprise des époux Panneau, en tenant compte du fait que celle-ci n'est pas en cessation de paiement ? » figurant dans le sujet de 2008, il suffit d'indiquer : « Les moyens juridiques permettant de surmonter les difficultés. »*
- **Pour le correcteur,** le titre permet de repérer très facilement la question dans la copie et lui fait donc gagner du temps. Il faut savoir que certains correcteurs corrigent leur paquet, partie par partie, et que le temps de manipulation des copies n'est donc pas négligeable. Or il est énervant de perdre du temps à trouver ce que l'on cherche, et il n'est jamais bon « d'énerver » un correcteur...

Pour chaque question, vous pouvez très bien faire apparaître explicitement en titre les quatre paragraphes :

a) rappel des faits ;

b) le problème juridique ;

c) les règles de droit applicables ;

d) la solution du cas d'espèce.

Cela n'apportera que plus de clarté à votre exposé… Sachez toutefois que les deux derniers points sont les plus valorisés.

C • L'indispensable relecture

C'est un moment très important de l'épreuve. Il ne faut en aucun cas le négliger. **La relecture permet :**

- **d'éliminer une grande partie des fautes d'orthographe :** de rajouter les « s » du pluriel, les « n » des négations, de corriger les fautes grossières d'accord, de syntaxe, ou de vocabulaire, faites en écrivant rapidement dans le feu de l'action. Il faut prendre en compte le fait que la répétition de fautes telles que la confusion entre on/ont, son/sont, et/est, ces/ses ou une très mauvaise syntaxe peuvent conduire certains correcteurs à mettre une note pratiquement éliminatoire sous le prétexte qu'un candidat ne peut prétendre obtenir un diplôme supérieur français sans maîtriser la langue française. Il serait donc dommage de se voir attribuer une telle note ou dans un moindre cas, de perdre quelques points parfois précieux, par inattention lors de la rédaction et par une absence de relecture !
- **de reformer certaines lettres, certains mots,** surtout si on n'arrive pas à se relire soi-même ! La conscience professionnelle des correcteurs les oblige à essayer de lire ce qui est écrit mais ne les transforment pas en décodeurs de hiéroglyphes. Or un paragraphe non compris représente, là encore, des points en moins. Par ailleurs, les effaceurs ont le fâcheux inconvénient d'imposer un temps de séchage avant réécriture, le candidat oublie alors parfois de revenir sur le mot, la phrase ou même le paragraphe, les correcteurs ont ainsi la preuve « blanc sur blanc » que le candidat n'a pas relu !
- enfin, **d'avoir une meilleure opinion de la valeur de sa copie…**

MAIS la relecture de l'ensemble d'un devoir représentant 6/8 pages **peut vous rebuter surtout en fin d'épreuve** lorsque le temps peut manquer !

C'est pourquoi il faut privilégier la relecture réponse par réponse tout au long de l'épreuve.

Cela permet aussi de varier le type d'activité : réflexion, rédaction, relecture, et les formes de concentration. Vous aurez ainsi l'impression de faire des « pauses » sans perdre de temps…

La relecture de l'ensemble d'un devoir représentant 6/8 pages peut vous rebuter surtout en fin d'épreuve lorsque le temps manque ! **C'est pourquoi il faut privilégier la relecture réponse par réponse tout au long de l'épreuve.**

Encore quelques conseils…

Sur le fond :

- Efforcez-vous de distinguer les **différentes sources du droit** auxquelles vous faites référence. Faites notamment la distinction entre les sources directes (Constitution, loi, règlement, source nationale, européenne, internationale, pratiques et usages) et les sources indirectes : jurisprudence et doctrine.
- Ne tombez pas dans le piège qui consiste à vous contenter de faire figurer sur votre feuille d'examen uniquement **les solutions des cas d'espèce.** Car même si l'ensemble de vos réponses est correct, vous n'aurez pas la moyenne. En effet, on attend du candidat qu'il sache situer les solutions des situations pratiques dans un ensemble de connaissances plus larges. Et c'est par l'analyse de ces connaissances que la solution du cas d'espèce doit apparaître.

Sur la forme :

- Bien répartir le temps entre période de réflexion au brouillon et période de rédaction sur la feuille d'examen (entre 1/3–2/3 et 2/3–1/3). Sachez qu'il est interdit de rendre les feuilles de brouillon, d'où l'intérêt d'un entraînement régulier car cette répartition est très personnelle et dépend de vos capacités à rédiger rapidement. Or il serait très frustrant d'avoir la réponse sur le brouillon et de ne pas avoir le temps de la rédiger sur la feuille d'examen !
- Faites en sorte que votre copie soit la plus agréable possible à corriger et exprime tout à fait votre raisonnement et vos connaissances. N'oubliez pas que vous ne l'écrivez pas pour vous, mais qu'elle est destinée à être lue par une tierce personne qui va vous évaluer. Et la correction de copies n'est généralement pas l'activité préférée des professeurs... De plus, dans une épreuve écrite, à l'inverse d'un oral où l'examinateur peut orienter l'étudiant, voire le guider vers la solution, le correcteur ne pourra vous juger qu'à partir des quelques pages que vous allez remettre.

- L'épreuve est relativement longue, pensez à amener des boissons et de quoi vous restaurer légèrement pour rester en forme.
- Essayez d'arriver reposé, détendu, ne révisez donc pas tard la veille. Il vaut mieux privilégier votre capacité à réfléchir et donc votre bon état physique et psychique que les connaissances acquises à la dernière minute.

Ne jamais sortir avant la fin de l'épreuve, il est toujours possible d'améliorer certains points, de compléter une réponse, ne serait-ce qu'en s'obligeant à réfléchir davantage. Les sujets sont choisis de manière à ce qu'un bon étudiant arrive à peine à terminer dans les trois heures… et un demi-point de gagné peut vous permettre de valider l'UE !

IV • La question de cours

La question de cours a pour but de s'assurer que le candidat maîtrise les concepts ou les mécanismes juridiques. Elle peut se réduire à une simple définition d'un terme technique.

Les conseils que l'on a donnés sur l'importance de la maîtrise du vocabulaire juridique sont ici évidemment primordiaux ! Vous n'avez pas de filet pour vous récupérer par une bonne analyse de la situation pratique.

Si la question porte sur « les conditions de formation du contrat » comme dans le sujet de 2008, soit vous les connaissez soit vous ne les connaissez pas ! Ce n'est pas le moment de laisser libre cours à votre imagination et tenter votre chance en mettant quelques éléments dont vous n'êtes pas sûr car les inepties que vous pourriez écrire auront le plus mauvais effet sur le correcteur…

En revanche, si vous connaissez votre cours, les questions et les définitions représentent un moyen de gagner très rapidement des points et nous vous conseillons d'ailleurs de commencer par elles.

Ne jamais sortir avant la fin de l'épreuve, il est toujours possible d'améliorer certains points, de compléter une réponse, ne serait-ce qu'en s'obligeant à réfléchir davantage. Les sujets sont choisis de manière à ce qu'un bon étudiant arrive à peine à terminer dans les trois heures… et un demi-point de gagné peut vous permettre de valider l'UE !

Pour les définitions, les réponses doivent être courtes mais précises et comporter les termes importants. *Pour définir une hypothèque, par exemple, il faudra nécessairement dire qu'il s'agit d'une sûreté réelle portant sur un bien immobilier.*

Pour les questions de cours, les réponses sont plus longues et doivent être structurées. Vous pouvez évidemment reprendre le plan des fiches correspondantes de

cet ouvrage. Par exemple, pour la question portant sur les conditions de validité des contrats il faut distinguer les conditions de fonds et les conditions de formes. *Pour les conditions de fonds, indiquez le consentement et ses vices (erreur, dol, violence), puis la capacité, l'objet et la cause. Pour les conditions de forme, dites que le consentement suffit dans le cas de contrats consensuels (même s'il y a des problèmes de preuve) mais que la loi peut exiger un écrit (contrats formels) ou la remise d'une chose (contrats réels) ou encore une publicité.*

Nous vous conseillons d'utiliser au préalable un brouillon pour retrouver toutes les notions attendues par le correcteur et les structurer rapidement, cela évitera des rajouts qui nuiront à la propreté de votre devoir et seront la preuve de vos hésitations.

Vous pouvez donner des exemples à titre d'illustration *(contrat de vente pour consensuel, contrat de vente à domicile pour formel)* mais ils ne remplacent pas les concepts.

V • L'analyse d'arrêt

Le sujet d'examen comporte très souvent une décision de justice en annexe.

En effet, la jurisprudence est une source de droit non négligeable et en tant que futur praticien, il est essentiel que vous sachiez comprendre de tels documents !

Le sujet d'examen comporte très souvent une décision de justice en annexe. Il peut vous être demandé soit d'analyser la décision de justice sans aucune autre précision, soit de répondre à des questions précises.

Il peut vous être demandé soit d'analyser la décision de justice sans aucune autre précision, soit de répondre à des questions précises.

Dans le premier cas, c'est à vous de savoir ce que l'on attend de vous et donc de connaître les différentes rubriques d'une fiche d'analyse d'une décision de justice que l'on décrit ci-dessous.

Dans le deuxième cas, l'objectif sera, comme toujours, de répondre aux différentes questions posées, toutes les questions mais rien qu'aux questions.

Mais avant de pouvoir répondre aux questions, il est essentiel d'avoir bien compris la décision de justice, ce qui vous conduira à réaliser au brouillon les différentes étapes de l'analyse d'arrêt.

Vous êtes donc convaincu de l'intérêt de maîtriser une telle méthode et cela ne peut être obtenu que par une pratique régulière de cet exercice.

A • Analyse de l'arrêt au brouillon

1) Repérage des éléments clés

Le début de l'arrêt nous permet d'identifier la juridiction, la date, les parties. La fin de l'arrêt nous permet d'identifier le type de décision. Si c'est un arrêt de cassation et que le contenu du texte de loi est fourni en annexe, on connaît la notion de droit sur lequel il porte.

2) Analyse approfondie

- Identifier les faits du litige.
- Retrouver à l'aide d'un schéma la procédure antérieure.
- Mettre en évidence les demandes et les arguments des parties.
- Identifier la solution et surtout les arguments, le raisonnement, du tribunal ou de la cour.
- Rédiger de manière précise et concise le problème juridique à l'aide d'une phrase interrogative.

B • Rédaction sur la feuille d'examen

1) **Présentation de la décision** (juridiction, date, parties).
2) **Rappel des faits.**
3) **Procédure antérieure :** sans faire de schéma, indiquez pour chaque étape – en commençant par la juridiction de premier degré – la date, la juridiction, le demandeur, le défendeur, la nature de la décision.
4) Prétentions (demandes) et surtout **arguments des parties.**
5) **Problème juridique.**
6) **Solution** et surtout **argumentation du tribunal ou de la cour.**

C • Structure des arrêts de la Cour de cassation

La structure des arrêts est toujours la même.

1) Arrêt de cassation

La référence du texte de loi ;

Les motifs :

- 1er attendu : les faits et la procédure antérieure ;
- 2e attendu : solution et argumentation de la juridiction précédente ;
- 3e attendu : l'interprétation que la Cour entend donner au texte visé.

Le dispositif : casse et annule la décision.

2) Arrêt de rejet

Les motifs :

- 1er attendu : les faits et la procédure antérieure ;
- 2e attendu : les arguments du pourvoi (moyens et branches) ;
- 3e attendu : réfutation des arguments du pourvoi (raisonnement de la décision antérieure).

Le dispositif : rejet du pourvoi.

VI • L'analyse d'un contrat

Les contrats sont la loi entre les parties et des millions de contrat sont passés chaque jour. C'est pourquoi les sujets d'examen en comportent aussi souvent en annexe.

Comme pour l'arrêt, le sujet peut vous demander simplement d'analyser le contrat figurant en annexe ou poser des questions précises. Les remarques que nous avons formulées précédemment sont donc ici aussi de rigueur.

Il est évident que **le contenu des fiches portant sur les contrats doit être connu** pour pouvoir réaliser convenablement l'étude d'un contrat !

Le plan de l'analyse à présenter est le suivant :

1) **Présentation du contrat :** nature du contrat, date, noms et qualifications juridiques des parties.
2) **Caractéristiques juridiques :** utilisez les termes juridiques : bilatéral (synallagmatique) ou unilatéral, exécution instantanée ou successive, consensuel, solennel (formel) ou réel, à titre onéreux ou à titre gratuit, de gré à gré ou d'adhésion…
3) **L'objet du contrat :** indiquez sur quoi il porte.
4) **Condition de validité :** vérifiez si les conditions de fond sont respectées, notamment l'existence et la licéité de l'objet et de la cause. Généralement, vous n'aurez pas d'information sur l'existence du consentement non vicié donc vous pouvez le supposer sauf si l'énoncé met en évidence un des vices du consentement. Dans ce cas, signalez-le. Faites de même pour les conditions de forme inhérentes à ce type de contrat.
5) **Les effets (conséquences) juridiques : les droits et les obligations des parties.** Indiquez de manière structurée les principales obligations pour chacune des parties.
6) **Analyse des clauses particulières :** veillez à bien mettre en évidence la présence de clauses particulières comme *la clause de non-rétablissement, de non-concurrence ou de réserve de propriété* et indiquez les effets qu'elles entraînent.

Partie 3

L'entraînement à l'épreuve

	Type d'exercice
Dossier n° 1	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations
Dossier n° 2	• Analyse de situations pratiques • Analyse de jurisprudence
Dossier n° 3	• Analyse de situations pratiques • Question de cours • Analyse de jurisprudence • Étude de législations • Analyse de clauses contractuelles
Dossier n° 4	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations • Question de cours • Étude de documents juridiques
Dossier n° 5	• Analyse de situations pratiques • Question de cours • Étude de législations • Analyse de jurisprudence • Analyse de contrat
Dossier n° 6	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations • Étude de documents juridiques
Dossier n° 7	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations • Question de cours • Étude de documents juridiques
Dossier n° 8	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations • Étude de documents juridiques
Dossier n° 9	• Analyse de situations pratiques • Étude de législations • Question de cours • Analyse de jurisprudence

Thèmes abordés	Fiches concernées
• Les branches du doit • Principe de non-rétroactivité de la loi	• 2
• Concurrence déloyale • Preuve	• 3
• Compétence d'attribution • Artisans • Vente d'un fonds de commerce	• 4 • 16 • 19 et 32
• Statut du conjoint de commerçant • Bail commercial	• 15 • 19
• Capacité et incapacités juridiques • Le patrimoine • Biens propres et biens communs • Le compte-courant	• 9 • 11 • 15 • 33
• Capacité et incapacités juridiques • Le contrat de vente à un consommateur • La vente sur internet • La responsabilité pénale	• 9 • 30 • 40
• Le patrimoine • La protection de la marque • Le droit d'auteur • L'action en contrefaçon • La protection du logiciel	• 11 • 20
• La preuve : commencement de preuve par écrit • La responsabilité civile	• 3 • 36 • 38 et 39
• L'entreprise en difficulté : accord amiable • Clause résolutoire • Mobilisation de créance • Crédit bail	• 21 • 22 • 23 • 25 • 35

Première partie

OVIDE PUB SARL est une jeune entreprise varoise créée voilà cinq ans. Elle est spécialisée dans la réalisation d'e-publicités vidéo, *newsletters* vidéo et fiches-produits vidéo pour le e-commerce et s'apprête à lancer à la rentrée 2008 les premières publicités vidéo sur les téléphones portables. Ses clients sont principalement des entreprises de service, des e-commerçants, un groupe de supermarchés, plusieurs concessions automobiles et des pépiniéristes nombreux dans la région. Les produits vidéo ont le vent en poupe car ils sont sans contrainte pour les clients et prospects. Le message vidéo démarre instantanément ; il est diffusé sans téléchargement, ni installation.

Votre travail

1. Quelles branches du droit régissent les rapports entre OVIDE PUB SARL et ses clients ?

Deuxième partie

Prolongeant la production de vidéos commerciales, la SARL OVIDE PUB décide de mettre en ligne des tutoriaux (logiciels d'auto-apprentissage) sous forme de vidéos interactives. Il s'agit de tutoriaux de montage de films et de retouches photographiques. Les clients se connectent en ligne et sont pour la plupart des internautes oisifs ; quelques entreprises ont cependant recours à tutoriaux dans le cadre de la formation continue. Récemment, OVIDE PUB a mis en ligne un tutorial destiné à aider les étrangers à passer la partie théorique du code de la route qui rencontre un vif succès auprès des internautes de différentes nationalités et de différents pays. Un règlement européen du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles est intervenu.

Votre travail

2. Après avoir défini ce qu'est un règlement européen, vous indiquerez si celui-ci s'appliquera directement aux contrats de la société OVIDE PUB **(ANNEXE 1).**

3. Dans l'hypothèse où le règlement serait applicable à l'entreprise OVIDE PUB, à quelle loi seront soumis les contrats conclus avec des internautes étrangers ?

4. Que signifie le principe de la « non-rétroactivité de la loi » ? Distinguez les hypothèses du code civil et du code pénal ? Quels contrats vont être régis par le règlement européen. Ce règlement contient-il des dispositions rétroactives ? **(ANNEXE 2)**

Annexe 1 ■ Règlement européen du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit ROME1

Article 4 Loi applicable à défaut de choix : [...] b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ;

Article 6 Contrats de consommation

- 1 Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :
  a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
  b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.
- 2 Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.

Article 28 Application dans le temps : le présent règlement s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009.

Annexe 2 ■ La non-rétroactivité des lois

L'office de la loi est de régler l'avenir ; le passé n'est plus en son pouvoir. Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ?
Portalis, rédacteur du code civil.

Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

Article 2 du code civil : La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.

Article 112-1 du nouveau code pénal : Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées, les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

Première partie

Marc, le président de l'entreprise OVIDE PUB a créé sa société avec l'aide de sa concubine Alia. Après plusieurs années de vie commune, ils se séparent et Alia, qui était associée dans OVIDE PUB SARL, revend ses parts sociales à Marc et à son frère. Alia crée pour son propre compte une petite activité qui reprend l'idée des tutoriaux vidéo interactifs. Ceux-ci s'adressent aux enfants et aux adolescents. Le concept est identique à celui de l'entreprise OVIDE PUB SARL ; elle démarche certaines des entreprises avec lesquelles elle travaillait lorsqu'elle était associée de OVIDE PUB SARL. Marc, fort ennuyé par cette nouvelle concurrence, vous consulte. Il a vérifié les statuts de la SARL, aucune clause de non-concurrence n'est à la charge des associés après leur départ de la société.

Votre travail

1. Marc vous demande s'il peut faire cesser cette concurrence de la part d'Alia qu'il juge déloyale, et s'il peut lui demander des dommages et intérêts au nom de la SARL OVIDE PUB.

Deuxième partie

Pour établir des preuves à l'encontre d'Alia, Marc a demandé à un jeune stagiaire d'Alia, contre la promesse de l'embaucher ultérieurement, d'enregistrer les conversations téléphoniques d'Alia avec des clients d'OVIDE PUB, afin d'établir la preuve selon laquelle elle utilise la notoriété d'OVIDE PUB SARL pour démarcher ses prospects.

Votre travail

2. Les preuves ainsi obtenues en justice sont-elles utilisables à l'encontre d'Alia pour établir ses manœuvres de concurrence déloyale ? Justifiez la réponse à l'aide des **ANNEXES 1 ET 2.**

Troisième partie

Marc et Alia ont plusieurs conversations téléphoniques orageuses, Marc a envoyé plusieurs SMS courroucés, voire menaçants, à Alia. L'accusant de s'être servie de leur relation privilégiée pour lui voler ses idées, il lui intime d'arrêter son activité, selon lui déloyale. Alia riposte en l'accusant de harcèlement et le menace à son tour de poursuites judiciaires. Un avocat-conseil attire votre attention sur un arrêt du 23 mai 2007 de la Cour de cassation. (**ANNEXE 2**)

Votre travail

3. Il vous est demandé d'établir une fiche de jurisprudence et d'analyser les faits, les parties, le problème de droit ainsi que de dégager la règle émise par la Cour de cassation dans l'arrêt du 23 mai 2007 en **ANNEXE 4.**

4. Comment se prouvent les actes de malveillance, qu'ils soient constitutifs de concurrence déloyale ou de harcèlement ?

5. Alia a-t-elle des chances de gagner son procès en produisant en justice les enregistrements téléphoniques de leur conversation **(ANNEXE 1)** ainsi que la retranscription par huissier des SMS que Marc lui a envoyés ?
Appuyez votre réponse sur une analyse de l'**ANNEXE 2.**

ANNEXE 1 ■ Cassation commerciale du 3 juin 2008 société Sony France C/min Économie, extraits

Attendu que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve [...] ;
Attendu que pour rejeter le recours formé par ces sociétés contre la décision du Conseil (de la concurrence), l'arrêt retient qu'en l'absence de texte réglementant la production de preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui [...], c'est à bon droit que le Conseil qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en des fondants sur sa mission de protection de l'ordre public économique [...] que les enregistrements de communications téléphoniques, qui étaient produits par la partie saisissante [...] ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de manière déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante [...] ;
Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé [...] ;
Par ces motifs casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 19 juin 2007 par la cour d'appel de Paris.

Annexe 2 ■

SMS : *le Short Message Service (SMS) est un texte envoyé depuis un portable à destination d'un autre portable et qui s'enregistre dans la mémoire de la machine de l'émetteur comme dans celle du destinataire.*

Cassation sociale du 23 mai 2007, n° 06-43 209

SCP Laville-Aragon contre Mme Lydie Y... , pourvoi n° 0643.209

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 5 avril 2006), rendu sur renvoi après cassation (chambre sociale, 20 avril 2005, pourvoi n° Y 3 41- 916), que Mme X. négociatrice immobilière à la SCP Y., Toussaint et Aragon devenue SCP Y. Aragon, Fournié, titulaire d'un office notarial, a été licenciée pour faute grave le 23 août 2000 ; qu'elle a saisi le conseil de prud'hommes en contestant son licenciement et en faisant état d'un harcèlement sexuel ;

[...]

Sur le second moyen :

Attendu que la SCP notariale et M. Y. font grief à l'arrêt d'avoir déclaré établi le harcèlement sexuel de la salariée et de lui avoir alloué une somme à ce titre, alors selon le moyen :

- 1 que l'enregistrement et la reconstitution d'une conversation ainsi que la retranscription de messages, lorsqu'ils sont effectués à l'insu de leur auteur, constituent des procédés déloyaux rendant irrecevables en justice les preuves ainsi obtenues ; que, dès lors, en se fondant sur des messages téléphoniques d'août 1998 reconstitués et retranscrits par un huissier à l'insu de leur auteur et sur l'enregistrement d'un entretien d'avril 2000 effectué par la salariée sur une microcassette à l'insu de son employeur, la cour d'appel a violé les articles 9 du nouveau code de procédure civile et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- 2 qu'en imposant à M. Y. de rapporter la preuve qu'il n'était pas l'auteur des messages envoyés à partir de son téléphone portable, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;
- 3 que le juge ne peut statuer par voie de pure affirmation ; que dès lors, en se fondant sur ce que les pressions de M. Y. s'étaient traduites par « un état dépressif de la salariée », « qu'à compter de la mi-juin elle a été informée qu'elle n'avait plus de bureau » et que le harcèlement avait eu des « conséquences sur les conditions de travail de la salariée et son état de santé », sans analyser ni même préciser les pièces dont elle déduisait ces affirmations, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ;

Et attendu qu'abstraction faite du motif surabondant tiré de l'enregistrement d'une conversation téléphonique ultérieure, la cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine, que les messages écrits adressés téléphoniquement à la salariée le 24 août 1998 et les autres éléments de preuve soumis à son examen établissaient l'existence d'un harcèlement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs rejette le pourvoi.

Première partie

Alia travaille seule, elle crée des vidéos interactives et des tutoriaux publicitaires à la demande de ses clients. Elle reçoit des stagiaires qui l'aident soit en comptabilité, soit en marketing. Elle démarche elle-même ses prospects et leur vend des logiciels vidéo interactifs sur mesure. Son activité prenant de l'ampleur, elle a recruté un informaticien à mi-temps pour l'aider à finaliser les vidéos sur le plan technique.

Votre travail

1. Faites une analyse complète de l'arrêt du 11 mars 2008. **(ANNEXE 1)**
2. Quelle est la règle donnée par la Cour de cassation pour définir un artisan ? **(ANNEXE 1)** Alia a-t-elle la qualité d'artisan ou de commerçant ? Selon le cas, auprès de quel organisme doit-elle s'immatriculer ?
3. Définissez les compétences d'attribution du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance.

Deuxième partie

Alia et Marc décident de trouver une solution à l'amiable et Marc lui propose de lui racheter son fonds de commerce. Marc lui demande d'indiquer son chiffre d'affaires sur le contrat de cession de fonds de commerce. **(ANNEXE 2)**

Votre travail

4. Rappelez les conditions de validité d'une vente de fonds de commerce. Alia est-elle obligée d'indiquer son chiffre d'affaires ?

Troisième partie

Alia vend son fonds de commerce à Marc ; ce dernier se demande comment éviter qu'elle ne crée à nouveau une activité concurrente.

Votre travail

5. Alia peut-elle se réinstaller à proximité de son ancien fonds de commerce ? Quelle clause pourriez-vous suggérer à Marc pour le protéger plus efficacement ? **(ANNEXE 2)**

Marc a finalement acheté le fonds de commerce d'Alia, et payé à celle-ci le prix du fonds. Alia n'a pas réglé ses notes d'électricité et de téléphone avant de céder son fonds de commerce. Marc n'a pas accompli les formalités de publicité prévues par la loi.

Votre travail

6. Les créanciers peuvent-ils exiger le remboursement de leur créance auprès de Marc ? **(ANNEXE 3)**

ANNEXE 1 ■ Cour de cassation commerciale du 11 mars 2008 SA Technigaz entretien c/Boudet

Attendu que selon l'arrêt attaqué (CA Versailles, 14 septembre 2006), M. Boudet, salarié de la société Technigaz entretien, a donné sa démission ; qu'il s'est alors installé à son compte en qualité de plombier chauffagiste ; que la société Technigaz entretien l'a assigné aux fins de cessation d'agissements de concurrence déloyale ; que M. Boudet se prévalant de son statut d'artisan, a soulevé l'incompétence du tribunal de commerce au profit du tribunal de grande instance ;
Attendu que la société Technigaz entretien fait grief à l'arrêt d'avoir dit que le tribunal de commerce était incompétent pour statuer sur les demandes qu'elle avait formées à l'encontre de M. Boudet et d'avoir renvoyé la cause et les parties devant le tribunal de grande instance, alors, selon le moyen que l'activité de fourniture de services, non exclusivement intellectuelle et exercée à titre habituel ou lucratif, revêt un caractère commercial ; qu'en estimant que M. Boudet, plombier chauffagiste, ne pouvait être qualifié de commerçant, tout en relevant que l'intéressé exerçait à titre habituel et lucratif, une activité de « production, transformation et prestation de services », à laquelle s'ajoutait une activité accessoire « d'achat de matières premières elles-mêmes revendues », ce dont il résultait que M. Boudet avait bien la qualité de commerçant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L110-16 du code de commerce ;
Mais, attendu que l'arrêt retient que M. Boudet travaillait seul, sans l'apport d'une main-d'œuvre interne ou externe, qu'il exerçait de manière prépondérante une activité de production, transformation et prestation de services dont il tire l'essentiel de sa rémunération, et que l'achat pour revendre de marchandises représentait pour l'année 2004, pour lui, seulement l'équivalent d'environ 5 % de son résultat d'exploitation, c'est-à-dire était accessoire et marginale ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que M. Boudet était un travailleur indépendant dont les gains provenaient essentiellement du produit de son travail personnel et qu'il ne spéculait ni sur les marchandises ni sur la main-d'œuvre, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;
Par ces motifs rejette le pourvoi.

Annexe 2 ■ Article L141-1 du code de commerce

Modifié par **LOI n° 2008-776 du 4 août 2008** - art. 56

I - Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :

- 1 le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
- 2 l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
- 3 le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;
- 4 les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ;
- 5 le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

II - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente.

Annexe 3 ■ Exemples de clauses

Exemple d'interdiction de se rétablir

Le vendeur Madame Alia s'interdit formellement de se rétablir ou de faire concurrence sous une forme quelconque, directement ou indirectement, par voie de création, constitution de société ou par toute autre manière, à l'acquéreur, Monsieur Marc dans la région PACA, du fonds présentement vendu, pour une durée de deux ans à compter de ce jour.

Exemple d'interdiction de faire concurrence

Madame Alia, en cas de cessation de son contrat de travail, pour quelque cause que ce soit, s'interdit pendant deux ans de contracter directement ou indirectement tout client qu'elle aurait été amenée à rencontrer ou à contacter dans le cadre de ses fonctions.

Annexe 4 ■ Article L141-19 du code de commerce

Pendant les vingt jours qui suivent la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales prévue à l'article L. 141-12, une copie authentique ou l'un des originaux de l'acte de vente est tenue, au domicile élu, à la disposition de tout créancier opposant ou inscrit pour être consulté sans déplacement. Pendant le même délai, tout créancier inscrit ou qui a formé opposition dans le délai de dix jours fixé par l'article L. 141-14 peut prendre, au domicile élu, communication de l'acte de vente et des oppositions et, si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui se sont révélés par des oppositions, au plus tard dans les dix jours qui suivent la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales prévue à l'article L. 141-12, former, en se conformant aux prescriptions des articles L. 141-14 à L. 141-16, une surenchère du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises.

Première partie

Vous avez étudié la loi de modernisation économique du 4 août 2008 dont les principales réformes sont reprises dans l'**ANNEXE 7**. L'activité d'OVIDE PUB SARL se développe surtout avec le rachat du fonds de commerce d'Alia ; un investisseur serait même intéressé et envisagerait de prendre une participation dans le capital de l'entreprise. Enfin, Jackie, une amie d'enfance de Marc, souhaite compléter ses revenus de salarié dans une autre entreprise et lui propose de devenir associée et d'apporter ses compétences à la société, en échange d'un dividende majoré. Marc se demande s'il ne serait pas judicieux de transformer sa SARL en SAS.

Votre travail

1. À l'aide de l'**ANNEXE 1,** présentez à Marc les principaux avantages de la réforme du 4 août 2008 pour la SAS.

Deuxième partie

OVIDE PUB a signé un bail commercial il y a cinq ans lors de sa constitution. Le loyer est révisable tous les trois ans, mais le propriétaire ne l'a jamais demandé. Le local commercial vient d'être vendu et le nouveau propriétaire Monsieur GRIPSOU entend réclamer les deux années de retard d'augmentation de loyer depuis la dernière révision triennale qui n'a pas été effectuée. Il voudrait en outre instaurer une révision annuelle par une clause d'indexation mobile.

Votre travail

2. Le nouveau propriétaire peut-il exiger le rappel de l'augmentation triennale qui n'a pas été demandée par le précédent propriétaire ? **(ANNEXE 2)**

3. Marc est-il obligé d'accepter une modification de son bail commercial pour y insérer une clause d'échelle mobile ?

Troisième partie

Plusieurs contrats d'OVIDE PUB négociés avec ses plus gros clients comportent une clause de paiement différé. La plupart du temps, il s'agit de lettres de change à 90 jours.

Votre travail

4. Marc peut-il bénéficier de la nouvelle loi LME du 4 août 2008 qui pourrait lui permettre un paiement plus rapide et une meilleure trésorerie ? **(ANNEXE 3)**

Quatrième partie

Marc est à nouveau heureux en ménage depuis qu'il a revu Jackie et ils ont conclu un Pacs. Jackie vient de perdre son emploi de secrétaire comptable et elle offre à Marc, qui connaît quelques difficultés de trésorerie, d'assurer le secrétariat et la gestion d'Ovide Pub SARL. L'entreprise Ovide Pub SARL n'a pas les finances nécessaires pour salarier une autre personne.

Votre travail

5. À l'aide de l'**annexe 4,** expliquez à Marc quel statut pourrait convenir à Jackie.

Annexe 1 ■ Mesures de simplification concernant la SAS

LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, les mesures suivantes de l'article 59 entreront en vigueur au 1er janvier 2009.

- **Le capital minimum de 37 000 euros est supprimé** (art. L 227-2 du code de commerce) : à compter du 1er janvier 2009, il n'existera plus de capital minimum. Toutefois, les statuts devront contenir un capital social dont le montant sera fixé librement par les associés.

- **Les commissaires aux comptes ne seront plus obligatoires pour certaines SAS** (art. L 227-9-1 du code de commerce) : l'obligation de désigner au moins un commissaire aux comptes ne concernera plus que les SAS :
  - qui dépasseront, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants, fixés par décret en Conseil d'État (à paraître) : le total de leur bilan, le montant de leur chiffre d'affaires hors taxe ou le nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice.
  - qui contrôleront, au sens des II et III de l'article L. 233-16, une ou plusieurs sociétés, ou qui sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés.

  De plus, même si les conditions prévues ci-dessus ne sont pas atteintes, la nomination d'un commissaire aux comptes pourra être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital.

- **Les apports en industrie pourront être représentés par des actions** (art.L.227-1 du code de commerce) :
  - La SAS pourra émettre des actions inaliénables en cas d'apports en industrie. Les personnes effectuant des apports en industrie pourront donc devenir actionnaires. Toutefois, conformément à l'article 1843-2 du code civil, les apports en industrie ne concourront pas à la formation du capital social. Ils donneront lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes.
  - Les statuts détermineront les modalités de souscription et de répartition de ces actions. Ils fixeront également le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions feront l'objet d'une évaluation.

- **Les mesures concernant les comptes annuels des SASU dont l'associé unique personne physique est aussi le président :**
  - Il ne sera plus obligatoire de déposer le rapport de gestion au greffe du tribunal de commerce. Le rapport devra seulement être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande, au siège social (art .L.232-23 du code de commerce).
  - Le dépôt, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice, au greffe du tribunal de commerce, de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés, vaudra approbation des comptes (art. L.227-9 du code de commerce).

La Loi, N 455, septembre 2008.

Annexe 2 ■ Article L145-38 du code de commerce

Modifié par **LOI n°2008-776 du 4 août 2008** - art. 47
La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé. De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable.

Annexe 3 ■ Extraits du document du ministère de l'Économie : loi de modernisation de l'Économie. Focus sur les 10 mesures phares de la loi

« À compter du 1er janvier 2009, les délais de paiement entre entreprises sont plafonnés à 60 jours (ou 45 jours fin de mois). Le délai de 60 jours commence à courir à la date d'émission de la facture. Les entreprises peuvent retenir comme point de départ la date de réception des marchandises par accord interprofessionnel. »

Sanctions et pénalités de retard

« Les pénalités sont exigibles en cas de retard de paiement. Elles sont renforcées pour être plus dissuasives : le taux plancher des pénalités de retard passe de 1,5 fois le taux d'intérêt légal à 3 fois. Avec la loi, tout délai de règlement supérieur au délai maximal prévu par la loi est désormais abusif. Toute personne intéressée peut faire valoir cette disposition devant le juge civil. »

Annexe 4 ■ Article L121-4

Modifié par **LOI n°2008-776 du 4 août 2008** - art. 16

I - Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle opte pour l'un des statuts suivants :

- 1 conjoint collaborateur ;
- 2 conjoint salarié ;
- 3 conjoint associé.

II - En ce qui concerne les sociétés, le statut de conjoint collaborateur n'est autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique ou du gérant associé majoritaire d'une société à responsabilité limitée ou d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée répondant à des conditions de seuils fixées par décret en Conseil d'État.

Le choix effectué par le conjoint du gérant associé majoritaire de bénéficier du statut de conjoint collaborateur est porté à la connaissance des associés lors de la première assemblée générale suivant la mention de ce statut auprès des organismes mentionnés au IV.

III - Les droits et obligations professionnels et sociaux du conjoint résultent du statut pour lequel il a opté.

IV - Le chef d'entreprise déclare le statut choisi par son conjoint auprès des organismes habilités à enregistrer l'immatriculation de l'entreprise. Seul le conjoint collaborateur fait l'objet d'une mention dans les registres de publicité légale à caractère professionnel.

V - La définition du conjoint collaborateur, les modalités selon lesquelles le choix de son statut est mentionné auprès des organismes visés au IV et les autres conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État. »

Article L121-8

Créé par **LOI n° 2008-776 du 4 août 2008** - art. 16

« La présente section est également applicable aux personnes qui sont liées au chef d'entreprise par un pacte civil de solidarité. »

Première partie

La SARL Ovide Pub est constituée de trois associés, Marc, Paul et Jude, un ami d'enfance des deux associés. Malheureusement, lors d'un déplacement professionnel, Jude est victime d'un grave accident de voiture et il est plongé dans le coma. Sa femme Marion ne travaille pas et il a trois enfants en bas âge. Paul voudrait aider Marion en lui rachetant les parts sociales de Jude, afin qu'elle puisse acheter un commerce pour subvenir aux besoins de sa famille. Marion et Jude sont mariés sans contrat, les parts sociales détenues par Jude sont pour 40 % les biens propres de Jude et pour 60 % les biens communs des époux.

Votre travail

1. Les parts sociales et les sommes portées sur le compte-courant de la société au nom de Jude entrent-elles dans la composition du patrimoine de Jude ? Quelle est leur nature juridique ?
2. Quels droits peut exercer Marion sur les parts sociales détenues par Jude ? Peut-elle céder ses parts sociales ?
3. Quels sont les régimes de protection des majeurs qui pourraient s'appliquer à Jude ?

Deuxième partie

Paul a acheté les parts sociales de Jude, il a cependant obtenu un très bon prix car il a dissimulé à Marion l'excellent état financier de la société et en particulier un très gros contrat obtenu avec un très grand constructeur automobile pour une durée de trois ans. Marc réalise que Marion a fait une très mauvaise affaire et il fait expertiser à ses frais la valeur des parts sociales, l'expert les estime à 60 euros la part. Paul n'a pas été très regardant et Marion a cédé aussi bien les parts sociales appartenant au couple que celles qui appartenaient en propre à Jude.

Votre travail

4. Marion perdra-t-elle le versement du bénéfice de l'année en cours ? **(Annexe 2)**. Marion peut-elle faire annuler la cession des parts sociales à laquelle elle a consenti ? **(Annexe 3)**
5. Marc décide de prévoir la gestion de ses affaires s'il devenait incapable d'exercer ses droits à la suite d'un accident, est-ce possible ?

Annexe 1 ■ Extraits de Service-public.fr « vos droits et démarches » – la famille

La loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs entrera en vigueur pour l'essentiel le 1er janvier 2009 et modifiera les mesures de sauvegarde de justice, curatelle, et tutelle, dont les points suivants :

- ces mesures s'adresseront uniquement aux personnes dont l'altération des facultés (certifiée par un médecin inscrit sur une liste établie par le procureur de la République) ne leur permet plus de pourvoir seules à leurs intérêts, et lorsqu'il n'existe aucune autre solution moins contraignante. Les mesures seront confiées en priorité à la famille ;
- pour demander ces mesures, seuls la personne à protéger, des membres de sa famille ou d'autres proches et le procureur de la République, pourront saisir le juge des tutelles. Le juge ne pourra plus se saisir lui-même.

De nouvelles mesures d'accompagnement à la gestion des prestations sociales concerneront les personnes en grande difficulté sociale mais dont les facultés ne sont pas altérées.

Enfin, il devient possible, dès le 9 mars 2007, d'organiser à l'avance sa propre protection juridique, sous certaines conditions, par un nouveau contrat appelé « mandat de protection future ».

Annexe 2 ■ Extrait de l'Acte de cession de parts sociales de la SARL Ovide Pub

Article 1 : Cession des parts

Le cédant cède et transfère, sous les garanties ordinaires et de droit, au cessionnaire, qui accepte, les parts sociales numérotées de 50 à 350 de la société Ovide Pub SARL qui lui appartiennent.

Article 2 : Prix

La présente cession est consentie et acceptée par les parties. Elle est réalisée moyennant le prix de 20 euros la part soit un montant total de 6 000 euros, que le cédant reconnaît avoir reçu du cessionnaire, et dont il lui donne quittance.

Article 4 : Propriété

Le cessionnaire devient propriétaire, à compter de ce jour, des parts sociales ci-dessus mentionnées avec tous les droits et obligations qui y sont attachés.
Le cédant le subroge dans tous ses droits et actions attachés aux parts cédées, notamment quant à la distribution des éventuels bénéfices réalisés lors de l'exercice en cours et des suivants.

Annexe 3 ■ La Cour de cassation, première chambre civile

Formation restreinte. 16 octobre 2001. Arrêt n° 1577. Rejet. Pourvoi n° 99-15.373.
Sur le pourvoi formé par :
1°/ M. Yvon Nativelle,
2°/ Mme Patricia Adam, épouse Nativelle,
en cassation d'un arrêt rendu le 10 mars 1999 par la cour d'appel de Poitiers (chambre civile, 1re section), au profit de Mme Florence Rinaldi, épouse Barbottin,
défenderesse à la cassation ;

LA COUR,
Sur le moyen unique :

Attendu que les époux Nativelle ont, par acte du 9 juillet 1993, vendu à Mme Barbottin la totalité des parts de l'EURL Camping Le Pavillon ; que, se prévalant d'une réticence dolosive des époux Nativelle, Mme Barbottin a assigné ceux-ci en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que les époux Nativelle font grief à l'arrêt attaqué (Poitiers, 10 mars 1999) d'avoir accueilli cette demande alors, selon le moyen, que le défaut de communication d'une information n'est dolosif que s'il est fait intentionnellement pour tromper le contractant et le déterminer à conclure la vente ; qu'en jugeant que le défaut d'information imputé aux époux Nativelle était dolosif au motif qu'il avait eu pour effet de causer un préjudice à Mme Barbottin, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1116 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel a relevé que les époux Nativelle avaient l'obligation d'informer l'acquéreur de l'existence de la lettre du préfet du 2 février 1993 faisant état d'un nouvel arrêté ministériel sur le classement des campings et leur précisant qu'ils devaient présenter une demande de reclassement avant le 13 janvier 1994 et qu'à défaut, ils s'exposaient à un reclassement d'office en fonction des aménagements existants ; qu'elle a constaté qu'ils avaient omis de le faire, lors des pourparlers préliminaires par l'intermédiaire d'une agence, ainsi que lors de la réitération de la promesse de cession et qu'ils avaient, ensuite, occulté dans l'acte de cession cet élément essentiel qu'est le classement du terrain de camping, sachant qu'il était compromis ; qu'elle a retenu que l'ignorance de la lettre du préfet avait été déterminante du consentement de Mme Barbottin ; que, par ces seuls motifs, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé la réticence dolosive imputable aux vendeurs, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi

Première partie

Lors d'une réunion à la chambre de commerce et d'industrie, Marc a appris que la loi N° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs avait alourdi les obligations des cybervendeurs. Jusqu'à présent, il ne s'en était jamais soucié car ses clients étaient des entreprises manufacturières ou de distribution. Mais la nouvelle activité de tutoriaux rachetée à Alia vise une clientèle d'enfants et d'adolescents.

Votre travail

1. L'activité des tutoriaux relève-t-elle du code de la consommation ?

2. Quelles obligations nouvelles pèsent sur Ovide Pub, du fait de l'application de la loi du 3 janvier 2008 ? **Annexe 1**

Deuxième partie

Si Ovide Pub est obligée de mettre sur pied un service téléphonique pour répondre aux clients des tutoriaux, ce nouveau service entraînera l'embauche d'une standardiste dédiée à cette activité et ce coût n'avait pas été prévu.

Votre travail

3. Ovide Pub peut-elle amortir une partie des charges dues au service téléphonique en surfacturant les communications ? **Annexe 1**

Troisième partie

Pour lancer l'activité et inciter les jeunes à acheter des tutoriaux, Marc imagine un système de paiement par crédit d'unités. Les parents prépayent un certain nombre d'unités que les enfants consomment ensuite en téléchargeant un tutorial.

Votre travail

4. Les enfants et adolescents peuvent-ils acheter en ligne les tutoriaux par eux-mêmes ?

Quatrième partie

Pour gagner de nouveaux clients, Marc imagine que pour chaque tutorial téléchargé, il propose en ligne aux jeunes de le revendre à leurs amis et connaissances ; s'ils y parviennent, ils sont crédités d'une partie des unités qu'ils ont consommées lors du téléchargement du tutorial.

Votre travail

5. Ce système de vente est-il licite ? **Annexes 2, 3,4**

Cinquième partie

Les sollicitations sont programmées pour apparaître à chaque téléchargement de tutorial et plusieurs fois durant le déroulement du tutorial sous forme de fenêtres pop envahissantes qui privent le jeune d'écran pendant quelques secondes. Certains parents se sont plaints auprès du standard d'Ovide Pub.

Votre travail

6. Cette pratique commerciale est-elle susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de la SARL Ovide Pub et de son gérant Marc ? **Annexe 4**

7. Quel sera le sort des contrats qui auront ainsi été conclus ?

Annexe 1 ■

- Ventes à distance : la loi du 3 janvier 2008 complète les mentions obligatoires de **l'article L 121-28** du code de la consommation par l'obligation d'indiquer :

« des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui (le fournisseur) et l'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation ».

- Le numéro de téléphone pour Internet est soumis aux nouvelles dispositions de **l'article L 121-19** du code de la consommation qui prescrivent qu'aucun surcoût de communication ne peut être facturé au consommateur :

« article L121-19 III. - Les moyens de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût complémentaire spécifique. »

- L'article L121-20-3 prescrit au fournisseur de porter à la connaissance du consommateur **la date limite à laquelle le fournisseur s'engage à livrer le bien ou à réaliser la prestation de service.** À défaut d'une telle mention, la prestation doit être réalisée sans délai.

Annexe 2 ■ Fenêtre pop

Gagnez 2 unités de crédit par e-mail ENVOYÉ et 30 unités de crédit par tutorial téléchargé

CE PROGRAMME VOUS OFFRE LA POSSIBILITÉ UNIQUE DE GAGNER UN MAXIMUM DE CRÉDITS EN UN MINIMUM DE TEMPS !

C'EST TRÈS SIMPLE ET RÉALISABLE PAR TOUT LE MONDE ET DANS LE MONDE ENTIER

Annexe 3 ■

MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA RÉPRESSION DES FRAUDES

Communiqué de Presse
Paris, le 30 novembre 2007

Mise en garde des consommateurs sur les « packs de départ » vendus par Internet
Ne vous laissez pas piéger par des offres vous faisant miroiter un gain d'argent qui sont illégales.
Certains consommateurs à la recherche d'un revenu complémentaire se connectent sur des sites qui proposent de créer sa propre activité en ligne à partir d'un « kit de démarrage » qui coûte environ X € (à régler par Paypal). Ce kit sert à construire un site permettant de revendre le même kit et de gagner la somme investie par commande et ainsi de suite.
Le kit comprend des e-books de conseils et surtout la marche à suivre pour trouver un hébergeur gratuit, reproduire le site « gagnez X € par mail », tout en introduisant une adresse Paypal personnelle pour recevoir les paiements sécurisés.
Le kit comprend également des conseils pour promouvoir le site et faire décoller les ventes : passage d'annonces gratuites, ou payantes, de type « Gagnez X € par mail. Travail 100 % Internet avec votre PC ».
Ces annonces passent de façon aléatoire sur des sites ciblés type « revenus complémentaires », « travail indépendant », « augmentez vos revenus », etc.
Parfois ces annonces cherchent à donner un aspect de sérieux à la démarche, en renvoyant à des sites officiels, notamment sur celui qui présente le statut de vendeur à domicile indépendant.
Ce type de vente est interdit par l'article L-122-6 du code de la consommation qui réprime les ventes dites à la boule de neige.
Les personnes qui développeraient ce type d'activité interdite s'exposeraient à une peine d'amende de 4 500 euros et un emprisonnement d'un an.

Annexe 4 ■

En décembre 2005, deux internautes ont été condamnés par le tribunal correctionnel de Lyon pour de la vente à la boule de neige.

Annexe 5 ■ L'incrimination des pratiques commerciales aggressives

Article L122-11

Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent :
1 • elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur
2 • elle vicie ou est de nature à vicier le consentement d'un consommateur ;
3 • elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.

Afin de déterminer si une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée, les éléments suivants sont pris en considération :
1 • le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ;
2 • le recours à la menace physique ou verbale ;
3 • l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ;
4 • tout obstacle non contractuel important ou disproportionné imposé par le professionnel lorsque le consommateur souhaite faire valoir ses droits contractuels, et notamment celui de mettre fin au contrat ou de changer de produit ou de fournisseur ;
5 • toute menace d'action alors que cette action n'est pas légalement possible.

Article L122-11-1

Sont réputées agressives au sens de l'article L. 122-11 les pratiques commerciales qui ont pour objet :
1 • de donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu ;
2 • d'effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si la législation nationale l'y autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle ;
3 • de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ;
4 • d'obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels ;
5 • dans une publicité, d'inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité ;
6 • d'exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article L. 121-20-3 ;
7 • d'informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés ;
8 • de donner l'impression que le consommateur a déjà gagné, gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait :
• soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent ;
• soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.

Article L122-12

Le fait de mettre en œuvre une pratique commerciale agressive est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150 000 euros au plus.

Article L122-13

Les personnes physiques coupables du délit prévu à l'article L. 122-12 encourent une interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale.

Article L122-14

Les personnes morales coupables du délit prévu à l'article L. 122-12 encourent les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

Article L122-15

Lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet.

Article 131-39 du code pénal

Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

1 • la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ;
2 • l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales ;
3 • le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
4 • la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
5 • l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
6 • l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de faire appel public à l'épargne ;
7 • l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement ;
8 • la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ;
9 • l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ;
10 • la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise ;
11 • l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de détenir un animal.

Les peines définies aux 1° et 3° ci-dessus ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public dont la responsabilité pénale est susceptible d'être engagée. Elles ne sont pas non plus applicables aux partis ou groupements politiques ni aux syndicats professionnels. La peine définie au 1° n'est pas applicable aux institutions représentatives du personnel.

Première partie

OVIDE PUB SARL a déposé sa marque (voir **ANNEXE 1**). Cette marque se décline ensuite avec le nom des produits, pub ou tutorial, etc. OVIDE PUB SARL appose sa marque sur son site web et sur tous les tutorials lancés. OVIDE vient de se voir décerner un prix professionnel pour une de ses e-publicités et fait l'objet de plusieurs émissions radiophoniques et télévisuelles locales pour celui-ci.

Peu après, un magasin d'électronique, spécialisé dans la vente et la maintenance de produits informatiques et de logiciels a ouvert ses portes, sous la dénomination OLIDE INFORMATIQUE. Le magasin s'est implanté dans la zone industrielle de Fréjus, qui fait partie du même syndicat de commune que Saint-Raphaël où est implantée OVIDE PUB SARL. Sa marque et son nom semblent à Marc très proches de ceux d'OVIDE. Or la qualité des services délivrés par ce magasin est médiocre et de jeunes clients de la région qui se sont approvisionnés chez OLIDE INFORMATIQUE reprochent à OVIDE les pannes de matériel qu'ils subissent et lancent des messages enflammés sur leurs blogs et autres forum.

Votre travail

1. La marque est-elle un bien pour l'entreprise ? Quels autres biens de même nature peuvent entrer dans son patrimoine ?
2. Quels caractères doit présenter une marque pour être protégée ?

Deuxième partie

Marc estime qu'OLIDE INFORMATIQUE fait une concurrence déloyale à OVIDE PUB. OLIDE INFORMATIQUE entretient la confusion entre les deux marques (voir **ANNEXE 1**), profite de la notoriété d'OVIDE PUB pour gagner de nouveaux clients, et déçoit ces derniers par un service médiocre.

Votre travail

3. Quelles actions pourraient intenter Marc au nom de la société OVIDE PUB contre la société OLIDE INFORMATIQUE ? (**ANNEXE 2**)
4. Devant quel tribunal Marc doit-il intenter l'action ? La procédure a-t-elle des chances d'aboutir en faveur de la société OVIDE PUB ? Voir **ANNEXES 2 ET 3**
5. Qu'est-ce que le droit d'auteur ? Que protège-t-il ?
6. Comment est assurée la protection des créations informatiques (logiciels, jeux, tutoriaux) en France ?

Troisième partie

Afin de déterminer quels clients d'Ovide Pub sont également devenus clientsd'Olide Informatique. Marc envisage de lancer une opération de prospection automatique sous forme d'enquête ; à l'occasion les produits tutoriaux seront présentés et vantés aux prospects.

Votre travail

7. À quelles conditions une telle pratique est-elle valide selon la loi du 3 janvier 2008 reprise dans le code de la consommation ? (**Annexe 3**)

Annexe 1 ■

OVIDE **PUB**

OLIDE INFO

Annexe 2 ■ Comment savoir si un nom de société est disponible ?

Vérifier la disponibilité du nom de votre société préalablement à son immatriculation ne constitue pas une obligation légale, mais ne pas le faire est risqué !
En effet, après réception du dossier d'immatriculation de votre société, le greffe du tribunal de commerce et le centre de formalités des entreprises ne vérifient pas la disponibilité de votre nom. C'est à vous d'effectuer cette recherche.
Si le nom de votre société n'est pas disponible, il peut être contesté à tout moment par les propriétaires de droits antérieurs qui peuvent par exemple, vous attaquer en contrefaçon ou en concurrence déloyale et vous interdire d'utiliser le nom de votre société.

La recherche à l'identique

Dans un premier temps, vous allez vérifier qu'il n'existe pas de noms identiques à celui que vous avez choisi.
Vous devez effectuer cette recherche :
- dans un domaine d'activité identique ou similaire ;
- pour des produits ou services similaires.

La recherche de similarités

Même s'il n'existe pas de noms identiques au vôtre, des noms proches de celui que vous avez choisi peuvent constituer une "antériorité" (c'est-à-dire un droit antérieur) et vous conduire à devenir contrefacteur malgré vous.
Une recherche dite "de similarités" permet de prendre en compte les ressemblances orthographiques, phonétiques et intellectuelles qui peuvent exister entre le nom que vous avez choisi et ceux qui sont déjà déposés ou enregistrés.
Cette prestation payante est réalisée par l'INPI. Elle porte sur :
- les dénominations sociales, enseignes, noms commerciaux, sigles relatifs aux personnes physiques (commerçants) et morales (ex. : SARL, EURL, SA, SCI…) inscrites au registre national du commerce et des sociétés ;
- et/ou les marques françaises, communautaires et internationales, sur les classes de votre choix.

Annexe 3 ■ Article L121-20-5

Sont applicables les dispositions de l'article L. 34-5 du code des postes et communications électroniques, ci-après reproduites :
« Art. L. 34-5 - Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.
« Pour l'application du présent article, on entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe.
« Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services.
« Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.
« Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé.

Première partie

Monsieur Jean est commercial dans l'entreprise de Marc. Le 5 novembre, il est en déplacement à Paris au volant d'un véhicule de la SARL Ovide Pub pour rencontrer un client important. À son retour, le 8 novembre, il relate un incident désagréable. Un conducteur avait dépassé Monsieur Jean en le serrant tellement que celui-ci avait dû faire une embardée pour éviter le heurt des rétroviseurs ; il avait ensuite freiné brutalement à plusieurs reprises sans raison apparente, le contraignant à se déporter pour l'éviter. Trois semaines plus tard, Marc reçoit la lettre ci-jointe en **ANNEXE 1** de l'assureur mettant en jeu sa responsabilité. Jean convoqué, réitère ses affirmations, il n'a jamais heurté de véhicule, mais il rappelle à son patron l'incident précédemment exposé. La Renault Mégane de la société ne comporte aucun choc ni rayure sur sa carrosserie ou ses rétroviseurs.

Votre travail

1. Quelle est la nature des responsabilités en jeu ; celle d'Ovide Pub et celle de Jean ? Marc peut-il éluder la responsabilité d'Ovide Pub en invoquant l'absence de faute de Jean ? (voir **ANNEXES 1 ET 2**)
2. Quelles preuves permettent d'établir un accident de la circulation ? Sur qui repose la charge de la preuve dans ce cas ?
3. En vous aidant des informations portées dans le constat automobile (**ANNEXE 3**), dressez la liste des informations absentes du courrier de l'assureur. Ce courrier fait-il la preuve de l'accident invoqué ?
4. Quelles seraient les conséquences juridiques de l'envoi des coordonnées de l'assurance de Ovide Pub ? Que conseillez-vous à Monsieur Marc de répondre à la lettre de l'assureur ?

ANNEXE 1 ■ Lettre de l'assurance mutuelle régionale

N/REF 2435786
Sinistre du 05/11/2008

M. Marc, Gérant
SARL OVIDE PUB

AFFAIRE Martin / OVIDE PUB 170 Bd Felix Martin
Suivie par Chantal Vesseau 84700 Saint-Raphaël

Tour, le 27 novembre 2008,

Monsieur,

En date du 5 novembre 2008 le conducteur de votre véhicule Renault Mégane immatriculé 644DKY84 a heurté le véhicule Volkswagen polo de M. MENTOU Claude.

Un témoin ayant assisté aux faits a permis de vous identifier et notre client a déposé plainte pour délit de fuite.

Je vous invite à me transmettre par prochain courrier, votre responsabilité étant recherchée :
- votre version des faits ;
- le nom, l'adresse exacte de votre compagnie d'assurance ainsi que le numéro de contrat vous garantissant au moment des faits (la photocopie de la carte verte serait appréciée).

Faute de vous lire sous quinzaine, je serai dans l'obligation de penser qu'au moment des faits, vous circuliez sans assurance et vous présenterai alors le montant du préjudice subi par notre client.

Vous souhaitant bonne réception de la présente et dans l'attente de vous lire,

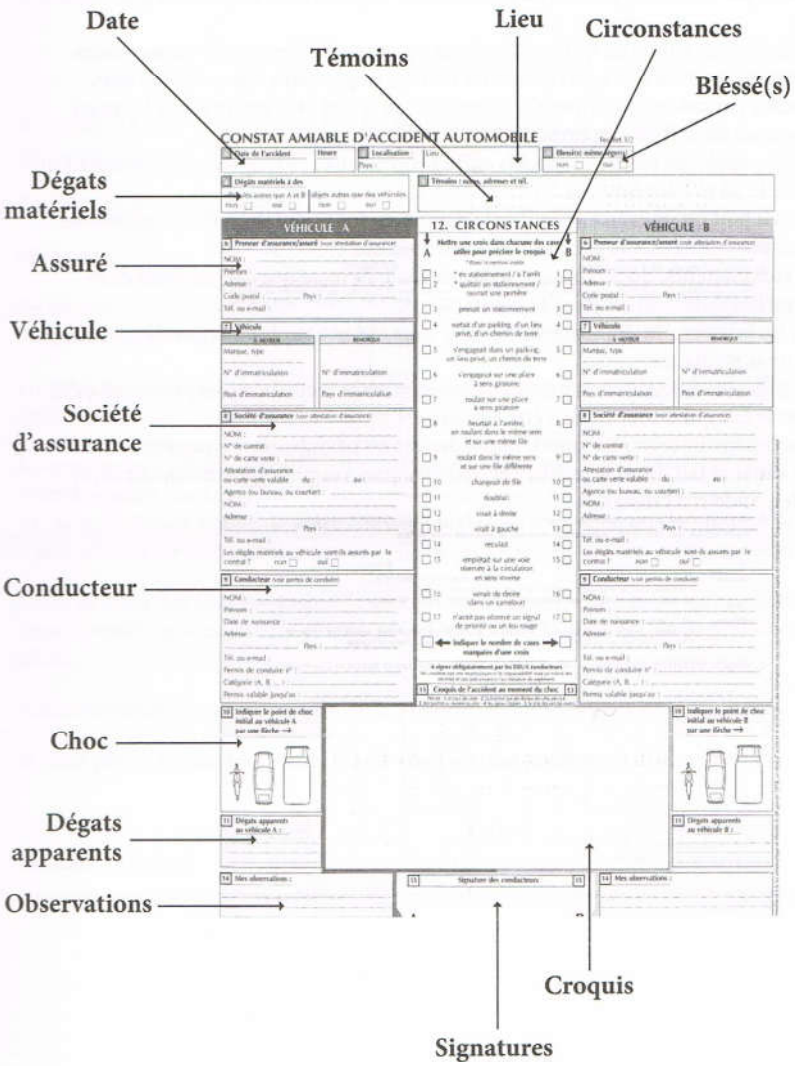
Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées.

Chantal VESSEAU

Annexe 2 ■ Article 1384 du code civil

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.
Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.
Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.
Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ;
Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;
Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.
La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.
En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur à l'instance.

ANNEXE 3 ■ Constat amiable



Première partie

Avec la crise financière qui vient d'éclater, OVIDE PUB a des difficultés pour convaincre de nouveaux clients à investir dans des e-publicités par Internet. Pour renflouer sa trésorerie, OVIDE PUB escompte une lettre de change auprès de son banquier.

Votre travail

1. Donnez la définition de la mobilisation de créance. L'escompte en est-il une modalité ?

Deuxième partie

À l'échéance de la lettre de change, au début du mois de novembre, celle-ci n'est pas payée par le tiré « le jouet moderne », client de l'entreprise OVIDE PUB, qui l'avait acceptée.

Votre travail

2. Qu'est-ce que l'acceptation d'une lettre de change ? Le banquier peut-il se retourner contre OVIDE PUB et contrepasser la lettre de change ?

Troisième partie

À la suite de ces événements, le compte-courant d'OVIDE PUB est débiteur au-delà du montant autorisé et il ne peut pas payer l'échéance du 30 novembre de son crédit-bail par lequel il a loué ses gros ordinateurs nécessaires à l'élaboration des tutoriaux et à la réalisation des e-publicités. Les ordinateurs, en vertu du crédit-bail, sont renouvelés tous les deux ans.

Votre travail

3. Quels sont les avantages et les inconvénients du crédit-bail par rapport à l'achat direct d'un bien pour l' entreprise ?

Quatrième partie

La comptable d'Ovide Pub avise alors Marc des risques encourus du fait du non-paiement d'une échéance.

Votre travail

4. Précisez le nom et les effets de la clause de l'article 10 du contrat de crédit bail.

Cinquième partie

La comptable d'Ovide Pub, alarmée par la situation de la trésorerie de la société, conseille à Marc d'aller voir son banquier afin qu'il l'aide à trouver une solution tant pour le crédit-bail que pour la trésorerie afin d'éviter que Ovide Pub, qui est au bord de la cessation de paiement, n'ait recours à une procédure collective. Le banquier, rendu frileux par la crise financière, refuse d'accorder un délai de grâce.

Votre travail

5. Comment s'appelle la procédure qui consiste à trouver un accord amiable avec ses principaux créanciers comme le fait Marc avec son banquier ?

6. Que doit faire Marc pour permettre à son entreprise de surmonter cette passe difficile sous la protection de la justice ?

Sixième partie

Marc est profondément abattu par les difficultés de son entreprise et se lance dans une campagne commerciale qui l'amène à se déplacer beaucoup, il abandonne à sa comptable toute autre initiative.

Votre travail

7. Rédigez une fiche d'analyse de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 février 2008 ? (**ANNEXE 4**)

8. À quelles sanctions s'expose Marc si, face aux difficultés de la société, il n'accomplit pas les formalités obligatoires et ne coopère pas avec les organes de la procédure ? (**ANNEXES 2 ET 3**)

Annexe 1 ■ Article 10 du contrat de crédit-bail

« En cas d'inexécution de telle obligation, le créancier adressera au débiteur une mise en demeure par lettre recommandée avec avis de réception. À défaut d'exécution, par le débiteur, de son obligation dans le délai d'un mois à compter de l'envoi de cette mise en demeure, le contrat sera résolu de plein droit s'il plaît au créancier. La présente clause ne prive pas le créancier de son droit d'agir, s'il le préfère, en résolution judiciaire, sans mise en demeure préalable. »

Annexe 2 ■ Article L653-5 du code de commerce

Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 contre laquelle a été relevé l'un des faits ci-après :

5 • Avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ;

6 • Avoir fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

Annexe 3 ■ Article L653-8 du code de commerce

Dans les cas prévus aux articles L. 653-3 à L. 653-6, le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci.

L'interdiction mentionnée au premier alinéa peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui, de mauvaise foi, n'aura pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur, les renseignements qu'il est tenu de lui communiquer en application de l'article L. 622-6 dans le mois suivant le jugement d'ouverture.

Elle peut également être prononcée à l'encontre de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 qui aura omis de faire, dans le délai de quarante-cinq jours, la déclaration de cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Annexe 4 ■

CA Paris III ch. A, 26 février 2008

La Cour [....]

Mme A. est appelante d'un jugement réputé contradictoire du 11 juin 2007 du tribunal de commerce de Bobigny qui a prononcé à son encontre une mesure de faillite personnelle pour une durée de sept ans pour avoir omis de faire une déclaration de cessation de paiements dans le délai de quarante-cinq jours, n'avoir pas remis une comptabilité complète ou régulière, n'avoir pas remis les renseignements demandés dans le délai d'un mois au législateur et n'avoir pas coopéré avec les organes de la procédure collective de la société la Panerée qu'elle dirigeait [...] ;

Considérant que le tribunal de Bobigny, a le 12 septembre 2006 , ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'égard de la société la Panerée, sur saisine d'office, la société ayant cessé toute activité et ne répondant pas aux demandes du greffe ; que Mme A. sa gérante bénévole et associée, a reconnu que la société avait cessé toute activité et qu'elle-même n'assurait plus sa gestion depuis le 5 mai 2005, date à laquelle la société exploitant le supermarché dans l'enceinte duquel la société exerçait son activité avait été cédée à la société système U ; qu'elle ne conteste pas que les parts de la société la Panerée n'ont pas été cédées ; que la société ne fait pas l'objet dans l'acte de cession que d'une mention dans l'annexe ; que la gérante ne pouvait se décharger de ses responsabilités du fait d'une cession qui ne concernait pas la société qu'elle avait accepté de gérer ;

Considérant que l'appelante ne conteste pas utilement avoir omis de faire une déclaration de cessation de paiements dans les quarante-cinq jours, le tribunal ayant fixé la date de cessation des paiements au 29 juillet 2005 ; qu'elle ne conteste pas plus n'avoir pas fourni dans le mois au liquidateur les renseignements qu'elle était tenue de lui communiquer ; que ces seuls éléments justifient qu'elle soit sanctionnée, en application de l'article L 653-8 du code de commerce, par une mesure d'interdiction de gérer pour une durée de quatre ans ;

Par ces motifs,

Réforme le jugement déféré en ce qu'il a prononcé une mesure de faillite personnelle d'une durée de sept ans, condamne Mme A. à une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale pour une durée de quatre ans [...].

Partie 4

Les corrigés

Première partie

1 • Quelles branches du droit régissent les rapports entre Ovide Pub SARL et ses clients ?

RÉPONSE ATTENDUE

Rappel : toujours définir les termes du sujet.
Une **branche du droit** est une division du droit positif fondée sur une spécialisation des règles.
Le **client** est la personne juridique qui achète les produits ou les services d'une autre personne juridique : le fournisseur.
Le droit privé est constitué par l'ensemble des règles qui régissent les rapports entre personnes ou intérêts privés. Le droit civil est constitué par l'ensemble des règles de droit privé normalement applicables. Le droit civil est également désigné par le terme « droit commun » par opposition aux branches spécialisées du droit privé dont les règles correspondent à des relations ou intérêts spéciaux. Ainsi, le droit commercial régit les relations nées entre commerçants, le droit de la consommation les relations entre professionnels et consommateurs.

Application au cas

- Ovide Pub SARL est une personne privée qui contracte, pour les besoins de ses activités professionnelles, avec d'autres personnes privées : ses clients. Leurs relations sont donc encadrées par le **droit privé**.
- Les clients d'Ovide Pub SARL pour les e-publicités ne sont pas les consommateurs, quoiqu'ils soient la cible des publicités vidéo, mais des entreprises de services. Ovide Pub est une SARL, une société commerciale par la forme. Ses clients (supermarché, concession automobile) sont également immatriculés au RCS. Les relations entre commerçants sont régies par **le droit commercial**.
- Les clients des tutoriaux sont des internautes qui achètent en ligne une formation (montage de films, retouches photographiques, examen du permis de conduire). Ce sont des consommateurs. Les relations avec Ovide Pub sont régies par le **droit de la consommation**.

Deuxième partie

2 • Après avoir défini ce qu'est un règlement européen, vous indiquerez si celui-ci s'appliquera directement aux contrats de la société Ovide Pub

Analyse de la question

Le règlement européen est d'application directe, comment comprendre alors l'énoncé ? Il faut que le règlement européen invoqué s'insère dans le droit régissant les contrats conclus par l'entreprise. On a vu dans la question précédente qu'Ovide Pub était soumise avec ses clients au droit commercial et au droit de la consommation.

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse de l'annexe 1

Le règlement européen du 17 juin 2008 vise les obligations contractuelles ; l'article 6 porte sur les contrats de consommation.
Le règlement européen est une **source du droit européen**. C'est un acte de portée générale et obligatoire dans tous ses éléments et **directement applicable** dans tout état membre de l'Union européenne.

Application au cas
Le règlement européen intervient dans le domaine du droit de la consommation.
Il s'appliquera entre OVIDE PUB et certains de ses clients internautes des tutoriaux. En particulier, les internautes étrangers de différentes nationalités et de différents pays, clients du tutorial sur la partie théorique du code de la route.

3 • DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LE RÈGLEMENT SERAIT APPLICABLE À L'ENTREPRISE OVIDE PUB, À QUELLE LOI SERONT SOUMIS LES CONTRATS CONCLUS AVEC DES INTERNAUTES ÉTRANGERS ?

RÉPONSE ATTENDUE

Les internautes étrangers sont les internautes **qui ne sont pas de nationalité française** ou qui ne résident pas sur le **territoire français**.
Selon **le principe de la territorialité des lois**, la loi française s'applique à toutes les personnes juridiques résidant sur le territoire français.
Par dérogation, lorsque les parties au contrat sont de nationalités différentes ou résident dans différents pays, elles peuvent choisir **la loi nationale** qui gouvernera leurs relations contractuelles. Les relations contractuelles nouées sur Internet renouvellent la problématique de la territorialité de la loi, car Internet est un lieu virtuel qui n'a ni nationalité ni territoire physique. Le règlement du 17 juin 2008 définit dans son article 4 en annexe, les règles de détermination de la loi applicable entre une société de prestation de services sur Internet et un internaute. Le choix de la loi applicable appartient aux parties. À défaut d'avoir manifesté leur choix, la loi applicable sera celle « du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle ».
Selon la jurisprudence de la Cour de cassation (05-10.951 Arrêt n° 1880 du 14 décembre 2005 Cour de cassation - Première chambre civile) **la résidence habituelle**, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le **lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts.**

Application au cas
Le cas ne nous précise pas si OVIDE PUB a choisi de déterminer la loi applicable à ses relations contractuelles avec ses clients internautes. À défaut de choix, la loi applicable sera la loi française, la France étant le territoire où OVIDE PUB a sa résidence habituelle.

4 • Que signifie le principe de la non-rétroactivité de la loi. Distinguez les hypothèses du code civil et du code pénal ? Quels contrats vont être régis par le règlement européen. Ce règlement contient-il des dispositions rétroactives ? (annexe 2)

Analyse de la question

Cette question est subdivisée en quatre sous-questions. Il faut être vigilant et répondre à toutes. L'annexe 2 comporte des textes de nature et d'origine variées. Au nombre de quatre, ils sont particulièrement utiles car ils lui permettent de retrouver les réponses si sa mémoire lui fait défaut.

RÉPONSE ATTENDUE

1. **Le principe de la non-rétroactivité de la loi** vise à assurer la sécurité juridique des transactions et des relations entre les personnes juridiques. **Il interdit au législateur de remettre en cause par une loi nouvelle la validité et les effets passés des situations juridiques nées avant sa promulgation.**
2. C'est un **principe constitutionnel** car il est porté dans l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme qui est portée dans le préambule de la Constitution. Le Conseil constitutionnel en a fait un **principe général du droit**. Ce principe, également légal, est formulé par **l'article 2 du code civil :** « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». Le législateur peut déroger à cette injonction de l'article 2 mais au péril d'une sanction d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Selon l'article L112-1 du NPC, **la loi pénale peut cependant être rétroactive**, uniquement en faveur du prévenu, si elle instaure une peine plus légère que la loi ancienne, aux infractions commises avant sa promulgation et qui seront jugées après celle-ci.
3. Les contrats qui vont être régis par le règlement européen sont les contrats de consommation, selon l'article 6 du règlement européen (annexe 1). **Un contrat dit de consommation est celui passé entre un professionnel et un consommateur, quelle que soit sa nature : vente, prestation de services.**
4. L'article 28 du règlement européen stipule que « Le présent règlement s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009 ». Il ne dispose donc que pour l'avenir et n'est pas rétroactif, les contrats conclus sous l'empire d'autres lois ou règlements resteront soumis à ceux-ci durant toute la durée du contrat.

Première partie

1 • Marc vous demande s'il peut faire cesser cette concurrence de la part d'Alia qu'il juge déloyale, et s'il peut lui demander des dommages et intérêts au nom de la SARL Ovide Pub ?

Analyse de la question

La question appelle la présentation des principaux « actes de concurrence déloyale » caractérisés par la jurisprudence. Les « dommages et intérêts » induisent le rappel des règles de base de la responsabilité civile délictuelle. « Au nom de la SARL Ovide Pub » évoque la règle selon laquelle tout justiciable doit avoir un intérêt personnel à l'action en justice ; la défense de l'intérêt d'autrui n'étant que limitativement admise pour les représentants légaux et certains groupements dans la défense d'un intérêt collectif.

RÉPONSE ATTENDUE

La concurrence déloyale recouvre l'ensemble des procédés concurrentiels contraires à la loi ou aux usages de nature à causer un préjudice aux concurrents.
Un acte de concurrence déloyale se définit comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale » (article 10 bis de la convention de Paris de 1883).
Les dommages et intérêts constituent la compensation financière allouée par le contrat ou les tribunaux à une personne qui a subi un préjudice moral ou matériel, né d'un dommage dont l'auteur est débiteur.
Le représentant légal d'une personne morale est seul habilité à ester en justice, au nom et pour le compte de la société qu'il représente.
La concurrence déloyale est une **atteinte à la liberté de la concurrence et de l'industrie**. Sa sanction (sur le fondement de l'article 1382 du code civil), vise à préserver la loyauté dans les rapports concurrentiels, elle vise « **l'usage abusif de la liberté du commerce causant, volontairement ou non, un trouble commercial à un concurrent** » (Cassation commerciale du 22 octobre 1985).
Les actes de concurrence déloyale doivent constituer une faute délictuelle au sens de l'article 1382 du code civil. Le commerçant qui se prétend victime de concurrence déloyale doit démontrer l'existence d'une faute (dénigrement, débauchage, désorganisation, imitation, agissements parasitaires), d'un préjudice et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.
Selon la jurisprudence, l'élément déterminant de l'agissement fautif n'est pas l'appropriation de la clientèle – fût-elle celle d'un concurrent – mais **l'affaiblissement du concurrent dans la compétition autrement que par l'exercice de ses propres mérites**.

La jurisprudence a ainsi caractérisé :

- **le détournement de clientèle par création d'une confusion**. La concurrence doit s'exercer en développant sa clientèle et non en cherchant à détourner celle du concurrent. La création d'une confusion pour détourner la clientèle du concurrent est constitutive de concurrence déloyale ;
- **le dénigrement**. Il vise à jeter le discrédit sur un concurrent ;
- **l'appropriation fautive du travail d'autrui**. Elle résulte de la copie fautive de créations protégées par le droit de la propriété industrielle ou le droit d'auteur, de la copie servile, du plagiat, de l'obtention illicite d'un savoir-faire et de techniques ;
- **les pratiques irrégulières**. La violation des obligations contractuelles, légales ou réglementaires donne un avantage illicite par rapport à ceux qui exercent leur activité de façon régulière, dans le respect de leurs devoirs légaux et de leurs engagements contractuels ;
- **les manœuvres déloyales de débauchage**. Le recrutement de salariés d'un concurrent peut avoir pour objectif d'entretenir une confusion avec la clientèle. Il peut être un moyen de s'approprier son savoir-faire, voire de désorganiser et ainsi d'affaiblir ce même concurrent ;
- **les agissements parasitaires** sont ceux par lesquels un commerçant s'immisce dans le sillage d'un concurrent afin de tirer profit de ses efforts (financiers, intellectuels, promotionnels, etc.), sans en supporter les coûts.

Application au cas

Marc étant le gérant de la SARL, il en est le représentant légal et est donc habilité à poursuivre une action en concurrence déloyale en justice au nom et pour le compte de la SARL Ovide Pub.

Alia n'a pas acquis les coordonnées des clients communs avec ceux d'Ovide de manière déloyale (débauchage de salarié, copie illicite). C'est le fruit de son activité au sein d'Ovide qui lui a permis de les rencontrer. Elle ne viole aucune obligation légale ou contractuelle, la cession de parts sociales ne mettait pas à sa charge une obligation de non-concurrence. Le cas ne cite pas de dénigrement. Elle exerce simplement **sa liberté d'exercer le commerce en utilisant son expérience professionnelle antérieure**.

Ces faits ont très peu de chance d'être constitutifs d'une faute délictuelle, selon la jurisprudence en vigueur.

Par ailleurs, Marc n'établit pas clairement quel préjudice lui fait subir la concurrence d'Alia, ni en quoi celui-ci est un trouble commercial anormal. Sans faute, ni préjudice déterminés, la mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'Alia semble bien compromise. Marc a fort peu de chances d'obtenir la moindre indemnisation.

Deuxième partie

2 • Les preuves ainsi obtenues en justice sont-elles utilisables à l'encontre d'Alia pour établir ses manœuvres de concurrence déloyale ? Justifiez votre réponse en vous aidant des l'annexes 1 et 2.

RÉPONSE ATTENDUE

La preuve est la démonstration de la réalité d'un fait, d'un état, d'une circonstance ou d'une obligation.
Les manœuvres de concurrence déloyale sont des agissements qui visent à bénéficier de la clientèle d'une autre entreprise le plus souvent concurrente sans en supporter les coûts.
Un fait juridique **s'analyse comme tout événement ou toute activité d'une personne physique ou morale qui produit des effets juridiques sans que les intéressés les aient volontairement recherchés**. En conséquence, les manœuvres de concurrence déloyale constituent des faits juridiques.
Leur preuve est libre, les manœuvres de concurrence déloyale peuvent se prouver par tout moyen.

Analyse de l'annexe

Néanmoins, comme le rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt du 27 mai 2007 : « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ».
Les procédés de preuve quoique libres doivent être **licites et loyaux**.

Application au cas

L'enregistrement des conversations téléphoniques par le stagiaire dans l'entreprise d'Alia constitue :
- **un moyen de preuve déloyal**, car obtenu à l'insu d'Alia ;
- **un moyen de preuve illicite** car le stagiaire, envoyé aux fins d'écoute clandestines, viole le domicile et le secret des affaires d'Alia.

Troisième partie

3 • Il vous est demandé d'établir une fiche de jurisprudence et d'analyser les faits, les parties, le problème de droit ainsi que de dégager la règle émise par la Cour de cassation dans l'arrêt du 23 mai 2007 en annexe 4.

Analyse de la question

La fiche d'arrêt comporte :

- *le résumé des faits : il s'agit d'exposer les faits sans entrer dans les détails. En aucun cas vous ne devez présenter ici le problème, la solution ou les éléments d'argumentation. Énoncez simplement les parties en présence, la nature des liens juridiques entre les parties, s'il s'agit d'un acte ou d'un fait juridique et la nature du litige ;*
- *la procédure : déterminez qui est le demandeur, le défendeur au premier degré, puis l'appelant et l'intimé en cour d'appel et enfin le demandeur au pourvoi et le défendeur au pourvoi en Cour de cassation. La demande a-t-elle été rejetée ? Y a-t-il eu appel ? Recours en cassation ? ;*
- *le problème de droit : formulation du problème juridique ;*
- *les moyens au pourvoi : ce sont les arguments des parties qui font le pourvoi. Il peut y avoir un ou plusieurs moyens, et un moyen peut comporter plusieurs branches ;*
- *la décision et les motifs : il s'agit de donner le nom de la partie qui a obtenu satisfaction et d'indiquer les motifs retenus par la Cour.*

RÉPONSE ATTENDUE

- **Résumé des faits :** Mme X, négociatrice immobilière, a été licenciée pour faute grave par son employeur la SCP. Laville-Aragon, le 23 Août 2000. Elle conteste le motif du licenciement se prétendant victime de harcèlement sexuel.
- **Procédure :**
  1re instance : Conseil de prud'hommes. Demandeur Mme X. Défendeur SCP.
  1re cour d'appel : on ignore qui est l'apelant et qui est l'intimé.
  Cour de cassation ch. sociale 20 avril 2005. Arrêt de cassation de l'arrêt de la 1re cour d'appel. On ignore qui était demandeur au pourvoi.
  Cour d'appel de renvoi d'Angers. Arrêt du 5 avril 2006. On ignore qui est l'appelant et l'intimé. La SCP perd le procès. Mme X obtient des dommages et intérêts pour licenciement abusif.
  2e pourvoi devant la Cour de cassation : demandeur SCP et défendeur Mme Y.
- **Problème de droit :** Le SMS constitue-t-il un mode de preuve recevable en justice ?
- **Moyens du pourvoi :** L'enregistrement d'une conversation téléphonique privée est un procédé déloyal de preuve. La contestation de la présomption selon laquelle l'auteur des messages SMS envoyé d'un téléphone portable est présumé être le propriétaire du téléphone. Les atteintes aux conditions de travail et à la santé de la plaignante ne sont pas prouvées.

RÉPONSE ATTENDUE

• **La décision et les motifs :**
Décision : rejet du pourvoi, l'arrêt de la cour d'appel d'Angers est confirmé.
Motifs : les SMS, sont des moyens licites de preuve recevables en justice :
- Ce sont des écrits électroniques qui ne sont pas établis à l'insu de la partie adverse mais émanent de lui en toute connaissance de cause (« l'auteur ne peut **ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur** »).
- Faisant preuve à l'encontre de celui qui les a émis (ici preuve du harcèlement).

4 • Comment se prouvent les actes de malveillance qu'ils soient constitutifs de concurrence déloyale ou de harcèlement ?

Analyse de la question

Les actes de malveillance ne recouvrent pas un concept juridique. C'est le piège à éviter ici car ils visent des faits juridiques.

RÉPONSE ATTENDUE

En droit civil et dans les procès civils, **l'administration de la preuve est réglementée**, et les actes juridiques sont prouvés différemment des faits juridiques. L'acte juridique est une manifestation de volonté de la part de leur auteur pour produire des effets de droit. Les actes juridiques doivent être prouvés au moyen d'une preuve littérale : l'écrit. Les faits juridiques sont des événements qui se sont produits sans avoir été recherchés comme tels pour produire des effets juridiques. Les faits juridiques peuvent être prouvés par tous moyens. Devant les juridictions répressives appliquant le droit pénal et devant le tribunal de commerce appliquant le droit commercial, **les preuves sont libres** ; elles peuvent donc se faire par tous moyens.
Les actes de malveillance ne sont pas des actes juridiques pour l'administration de la preuve. Ce sont des événements qui ne sont pas destinés à produire des effets juridiques, même si un certain résultat est recherché. Le harcèlement et les actions de concurrence déloyale sont des faits juridiques. Ils se prouvent donc par tous moyens, quelle que soit la juridiction devant laquelle ils seront évoqués.

5 • Alia a-t-elle des chances de gagner son procès en produisant en justice les enregistrements téléphoniques de leur conversation (annexe 3) et la retranscription par huissier des SMS que Marc lui a envoyés ? (appuyez votre réponse sur vos analyses de l'annexe 4).

Analyse de la question

Un procès se gagne si l'on peut prouver au juge la légitimité et l'existence du droit revendiqué. Il faut rappeler les critères jurisprudentiels d'admission des modes de preuve.

RÉPONSE ATTENDUE

Pour établir la réalité d'un fait, d'un acte ou d'un préjudice, il faut en apporter la preuve pour gagner un procès. La Convention européenne des droits de l'homme (article 6) exclut tout mode de preuve obtenu de manière déloyale. Toutes les chambres de la Cour de cassation semblent converger pour reconnaître que le SMS est un mode de preuve recevable en justice.

Dans son arrêt du 23 mai 2007, la Cour de cassation a motivé sa décision en constatant que l'enregistrement d'un SMS n'est pas déloyal, et donc recevable comme mode de preuve, puisque l'auteur de ces messages écrits adressés téléphoniquement « ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ». Dans une autre espèce d'injure à caractère racial contenue dans un SMS, la Cour a retenu la preuve par SMS.

La Cour rappelle aussi dans cet arrêt sa jurisprudence constante selon laquelle la conservation d'une conversation téléphonique privée constitue un procédé déloyal dans la mesure où il est effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués.

Application au cas

Alia ne pourra donc se prévaloir des enregistrements téléphoniques de ses conversations avec Marc, en revanche, les SMS sont recevables comme mode de preuve et pourraient constituer une preuve contre Marc. Alia pourrait donc gagner son procès.

Première partie

1 • Faites une analyse complète de l'arrêt du 11 mars 2008.

Analyse de la question

La fiche d'arrêt comporte :

- *le résumé des faits : il s'agit d'exposer les faits sans rentrer dans les détails. En aucun cas vous ne devez présenter ici le problème, la solution ou les éléments d'argumentation. Énoncez simplement les parties en présence, la nature des liens juridiques entre les parties, dites s'il s'agit d'un acte ou d'un fait juridique, et quelle est la nature du litige ;*
- *la procédure : déterminez qui est le demandeur, le défendeur au premier degré, puis l'appelant et l'intimé en cour d'appel, et enfin le demandeur au pourvoi et le défendeur au pourvoi en Cour de cassation. La demande a-t-elle été rejetée ? Y a-t-il eu appel ? Recours en cassation ? ;*
- *le problème de droit : formulation du problème juridique ;*
- *les moyens au pourvoi : ce sont les arguments des parties qui font le pourvoi. Il peut y avoir un ou plusieurs moyens, et un moyen peut comporter plusieurs branches ;*
- *la décision et les motifs : il s'agit de donner le nom de la partie qui a obtenu satisfaction et d'indiquer les motifs retenus par la Cour.*

RÉPONSE ATTENDUE

Les faits : M. Boutet, un ancien salarié de Technigaz entretien, s'est installé à son compte comme plombier chauffagiste. Son ancien employeur lui reproche des agissements de concurrence déloyale.

Les parties : demandeur au pourvoi : Technigaz entretien ; défendeur au pourvoi : M. Boutet.

La procédure :

1re instance : le tribunal de commerce : demandeur Technigaz, défendeur Boutet.

2e instance : la cour d'appel de Versailles du 14 septembre 2006.
Appelant : Tecnhigaz, intimé Boutet. On peut supposer que le tribunal de commerce s'est déclaré incompétent. Boutet obtient gain de cause : le statut d'artisan lui est reconnu. Le tribunal de commerce est déclaré incompétent.

Cour de cassation : demandeur au pourvoi Technigaz défendeur Boutet. Le pourvoi est rejeté, l'arrêt de la cour d'appel est confirmé par la Cour de cassation. Technigaz perd définitivement le procès.

Le problème de droit : la détermination de la qualité d'artisan.

Le moyen du pourvoi : violation de la loi
L'activité de fourniture de services, exercée à titre habituel ou lucratif, revêt un caractère commercial.

RÉPONSE ATTENDUE

La décision de la Cour de cassation : rejet du pourvoi, la décision de la cour d'appel devient définitive. M. Boutet obtient gain de cause, son statut d'artisan est reconnu, le litige où il est défendeur doit être porté devant le TGI et non le tribunal de commerce. L'action en concurrence déloyale doit être portée devant le TGI. Technigaz perd définitivement son procès.

2 • Dites quelle est la règle donnée par la Cour de cassation pour définir un artisan en vous aidant de l'annexe 1. Alia a-t-elle la qualité d'artisan ou de commerçant ? Selon le cas, auprès de quel organisme doit-elle s'immatriculer ?

Analyse de la question

La Cour de cassation précise les conditions requises pour la qualification du statut d'artisan. Dans un arrêt de rejet, la règle émise par la Cour de cassation est celle reprise de la motivation de la cour d'appel portée dans la partie « Mais attendu que l'arrêt retient que [...] ».

RÉPONSE ATTENDUE

La définition de l'artisan donnée par l'arrêt du 11 mars 2008 est de jurisprudence constante :
- L'artisan travaille seul et pour son propre compte.
- Il exerce de manière prépondérante une activité de production, de transformation et de prestation de services.
- Il tire l'essentiel de sa rémunération de son activité personnelle.
- Il ne spécule ni sur les marchandises ni sur la main-d'œuvre.

Analyse de la question

La question « Alia a-t-elle la qualité d'artisan ou de commerçant » est particulièrement difficile car Alia n'est ni l'un ni l'autre. Elle demande à l'étudiant d'élargir son champ d'investigation. En effet, il existe trois types d'activités : commerciale, artisanale et libérale, cette dernière n'est absolument pas induite par les questions du dossier ; c'est ce qui fait toute la difficulté de la réponse. Dans ce type de question, il faut revenir aux fondamentaux du cours et ne pas se laisser entraîner par la formulation.

RÉPONSE ATTENDUE

1. A le statut d'artisan, l'entrepreneur individuel qui réunit les conditions suivantes : c'est un travailleur manuel, l'activité artisanale est une activité civile et il doit s'immatriculer au répertoire des métiers.
2. A le statut de commerçant, toute personne physique ou morale qui, fait habituellement des actes de commerce (article L121-1 du code de commerce).

Les actes de commerce sont définis par les articles L110-1 et 110-2 du code de commerce. Outre la liste légale des actes de commerce, la jurisprudence inclut toute activité lucrative née de l'achat pour la revente. Les prestations de service ne font pas partie de l'énumération légale, toutefois certaines sont qualifiées de commerciales au cas par cas par la jurisprudence. La prestation de service peut être manuelle (entretien) ou intellectuelle (conception de livres, ouvrages ou logiciels).

Application au cas

Allia travaille pour son propre compte, elle crée des vidéos interactives et des tutoriaux publicitaires à la demande de ses clients. Elle a une activité de prestation de services. Ce n'est pas une activité manuelle, donc elle ne peut pas prétendre au statut d'artisan. Ce n'est pas une activité commerciale car ce n'est pas une opération d'achat pour la revente. **C'est une activité intellectuelle, de nature libérale.** Lorsque l'activité libérale est exercée pour son propre compte, elle doit être déclarée et immatriculée au **Répertoire national des entreprises** (RNE) tenu par l'INSEE. Le centre de formalités des entreprises compétent est l'URSSAF. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a instauré une dispense d'immatriculation en faveur des micro-entrepreneurs qui ont opté pour le nouveau régime microsocial. Les auto-entrepreneurs devront effectuer une simple déclaration d'activité auprès du CFE compétent. Alia peut opter pour la qualification d'activité commerciale et s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés.

3 • Définissez les compétences d'attribution du tribunal de commerce et du tribunal de grande instance ?

RÉPONSE ATTENDUE

La compétence d'attribution ou compétence matérielle regroupe les règles d'attribution des litiges aux juridictions en fonction de la nature des affaires et/ou de l'importance pécuniaire du litige.

Compétence d'attribution du tribunal de commerce

Il est héritier des juridictions consulaires qui étaient « compétentes pour juger tous les différends qui pouvaient surgir entre marchands ».

Ses compétences couvrent :

le « contentieux général » : le tribunal de commerce est compétent pour juger les litiges entre les entreprises, en toutes matières, y compris en droit boursier et financier, en droit communautaire et en droit national en matière de commerce et de concurrence. Il tranche les conflits relatifs aux actes de commerce entre toutes les personnes, ainsi que les litiges opposant des particuliers à des commerçants ou sociétés commerciales dans l'exercice de leur commerce, et il examine les contestations entre les associés d'une société commerciale (article 631 du code de commerce). L'ensemble de ces matières forment ce que l'on appelle le « contentieux général » dans lequel domine le contentieux des injonctions de payer.

- En vertu de l'article 639 du code de commerce « les tribunaux de commerce jugent en dernier ressort les demandes dont le principal n'excède pas la valeur de 13 000 francs ».
- Le tribunal de commerce est également compétent pour les défaillances d'entreprises commerciales et artisanales.

Compétence d'attribution du tribunal de grande instance

- Compétences communes à tous les tribunaux de grande instance définie par les articles L211-3 à 211-9 du NCPC :

– Il a **compétence de principe en première instance pour connaître toutes les affaires** pour lesquelles la compétence n'est pas expressément attribuée à une autre juridiction, en raison de la nature de l'affaire ou du montant de la demande.

– Il est compétent en matière civile pour statuer sur toutes les demandes, dès lors que la **valeur en litige est supérieure à 10 000 €.**

– Il a compétence, **quelle que soit la valeur en litige, pour l'état des personnes,** *(filiation, annulation mariage, divorce, déclaration d'absence, successions et régimes patrimoniaux)*, **pour le droit immobilier** *(revendication de propriété, copropriété, baux commerciaux sauf loyer)*, **pour la propriété littéraire et artistique.**

- **Compétence particulière à certains tribunaux de grande instance** définie par les articles L211-10 à L211-12

Ces tribunaux connaissent des litiges concernant **la propriété intellectuelle**, brevet, marques…

Deuxième partie

4 • Rappelez les conditions de validité d'une vente de fonds de commerce ? Alia est-elle obligée d'indiquer son chiffre d'affaires ?

Analyse de la question

La question est délicate si on considère qu'Alia exerce une activité libérale, elle ne peut pas avoir créé un fonds de commerce. Son activité étant de nature civile, elle a créé une clientèle. On fera donc l'hypothèse qu'Alia a opté pour le statut de commerçant et qu'elle exploite en son nom personnel un fonds de commerce qu'elle peut donc céder.

RÉPONSE ATTENDUE

Il n'existe aucune définition légale du fonds de commerce. Le code de commerce ne définit pas le fonds de commerce. C'est la jurisprudence qui a défini le fonds de commerce comme une universalité de fait, qui regroupe divers éléments mobiliers incorporels et corporels, un ensemble de plusieurs éléments souvent inséparables et qui en font la valeur. Le **fonds de commerce** est composé d'un ensemble d'éléments concourant à constituer une unité économique. Il est considéré comme une universalité juridique distincte des éléments qui la compose, dont l'objet est de nature commerciale. Il comprend des éléments corporels, tel que le matériel, les marchandises et les équipements, et des éléments incorporels, tels que la clientèle, le droit au bail, la marque. Plusieurs auteurs ont proposé des définitions :

Définition du professeur Guyon

« Le fonds de commerce est constitué par l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales. Il permet essentiellement de retenir et de développer une clientèle attirée par le savoir-faire du commerçant, la qualité des marchandises vendues, l'emplacement de l'établissement, l'enseigne, etc. Ses divers éléments présentent une certaine stabilité, une certaine unité, et peuvent se transmettre globalement. »

Définition de Dekeuwer-Defossez

« Le fonds de commerce est l'ensemble des moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle. »

Analyse de l'annexe

*L'**annexe 2**, qui reprend l'article L141-1 du code de commerce, contient tous les éléments de la réponse à la question.*

La vente du fonds de commerce est une opération juridique qui concourt à transférer la propriété de l'universalité juridique que constitue le fonds de commerce.

Les conditions de validité de la vente d'un fonds de commerce selon l'article L 141-1 du code de commerce (**annexe 2**) sont :

RÉPONSE ATTENDUE

1. le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
2. l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
3. le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente ; ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;
4. les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ;
5. le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

Application au cas

L'indication du chiffre d'affaires est **obligatoire**. Alia doit s'y soumettre. À défaut, cette condition omise peut entraîner la **nullité de la vente** sur demande de l'acquéreur (ANNEXE 2).

Troisième partie

5 • ALIA PEUT-ELLE SE RÉINSTALLER À PROXIMITÉ DE SON ANCIEN FONDS DE COMMERCE ? QUELLE CLAUSE POURRIEZ-VOUS SUGGÉRER À MARC POUR LE PROTÉGER PLUS EFFICACEMENT ?

RÉPONSE ATTENDUE

Le vendeur d'un fonds de commerce ne doit accomplir aucun acte qui serait de nature à gêner l'acquéreur dans l'exploitation du fonds vendu. En vertu de la garantie d'éviction, il doit la jouissance paisible du fonds de commerce à l'acquéreur, il ne peut donc pas se réinstaller, après la vente, à proximité du fonds vendu, même en l'absence d'une clause du contrat stipulant cette interdiction. Cependant, la preuve du trouble est difficile à rapporter, car il est difficile d'apprécier à qui est imputable la perte de clientèle lors de la reprise d'un fonds de commerce. Une protection conventionnelle complémentaire peut s'avérer utile. Marc peut introduire dans son acte de cession **une clause de non-rétablissement** par laquelle le vendeur s'interdit de se réinstaller pendant un certain temps et dans un certain rayon du fonds qui fait l'objet de la vente. La validité de cette clause est subordonnée à une limitation soit dans l'espace, soit dans le temps. Les juges du fond interprètent strictement l'engagement de non-rétablissement. Ainsi, l'interdiction de se rétablir dans une ville n'empêche pas le vendeur de créer un fonds de même nature sur le territoire d'une commune limitrophe. La clause d'interdiction de rétablissement n'empêche pas le vendeur d'occuper un emploi salarié au sein d'une entreprise concurrente de son acquéreur.

Analyse de l'annexe

Deux clauses sont proposées dans l'ANNEXE 3. Une lecture attentive est nécessaire. En effet, il y a un piège : la clause de non-concurrence n'est pas pertinente car elle concerne un salarié.

Application au cas

Dans l'annexe, il faut retenir la clause d'interdiction de se rétablir qui correspond à la situation de Marc. Elle est valide car limitée dans le temps et dans l'espace. La clause de non-concurrence concerne un contrat de travail, elle est à écarter car Alia n'est pas la salariée de Marc.

Quatrième partie

6 • Les créanciers peuvent-ils exiger le remboursement de leur créance auprès de Marc ?

RÉPONSE ATTENDUE

Une créance : droit d'exiger la remise d'une somme d'argent.

Analyse de l'annexe

L'annexe 4 donne la réponse à la question, n'oubliez pas de citer l'article avec précision dans la réponse.

Selon les articles L141-19 du code de commerce (**ANNEXE 4**), la vente doit être publiée dans les quinze jours de la signature de l'acte de vente dans un journal d'annonce légale. Ensuite, dans les quinze jours suivant cette première publication, la vente doit être publiée au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) du greffe du tribunal de commerce. Cette publicité va permettre aux créanciers du cédant de faire éventuellement opposition (dans les dix jours de la publication au BODACC) à la vente du fonds.

Le défaut d'accomplissement des formalités de publicité rend la vente du fonds de commerce inopposable aux tiers. L'acheteur qui n'a pas procédé aux formalités de publicité ne peut pas opposer aux créanciers du vendeur le paiement du prix. La vente ne libère pas l'acheteur à l'égard des créanciers du vendeur, ceux-ci peuvent, pour obtenir paiement de leurs créances, contraindre l'acheteur à leur verser à nouveau tout ou partie du prix déjà payé.

Le défaut de publicité est caractérisé par :

- l'absence d'insertion au journal d'annonces légales, ou au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) ;
- les insertions faites dans un journal d'annonces légales non habilité, ou non situé dans le ressort du lieu du fonds de commerce.

Application au cas

Les créanciers du fonds de commerce peuvent demander à Marc de payer les dettes d'Alia car du fait du défaut de publicité, ils n'ont pas été en mesure de faire opposition sur le prix de vente et donc de se faire payer leur créance.

Première partie

1 • En vous aidant de l'annexe 1, présentez à Marc les principaux avantages de la réforme du 4 août 2008 pour la SAS ?

Analyse de la question

La question ne présente pas de difficultés et l'annexe très claire résume les principales nouveautés touchant le statut social de la SAS. Il faudra donc mettre en valeur vos connaissances en mettant en perspective les avantages du nouveau statut social par rapport à l'ancien.

RÉPONSE ATTENDUE

Le statut de la SAS se rapproche de celui de la SARL. Deux grandes exceptions aux prohibitions propres au régime des sociétés de capitaux sont ainsi levées. Les commissaires aux comptes ne sont plus obligatoires et l'apport en industrie est autorisé. Enfin, les formalités pour les SASU sont simplifiées.
Le nouveau statut de la SAS fait bénéficier celle-ci des avantages jusque-là réservés à la SARL (commissaires aux comptes facultatifs, apport en industrie). Ces nouveaux avantages se cumulent avec ceux d'une société de capitaux bénéficiant d'une grande liberté statutaire. Le libre choix des associés d'ouvrir ou de fermer la société par le jeu d'une clause d'agrément (dans la SARL, l'agrément est légal). La SAS peut émettre des actions de préférence, ce qui favorise l'admission d'investisseurs dans le capital de la société.

Application au cas

Dans le cadre de l'activité de Marc et de l'admission d'un investisseur au capital, la réforme de la loi LME du 4 août 2008 lui permet de conserver les avantages de la SARL tout en bénéficiant de ceux de la société de capitaux et d'une plus grande autonomie statutaire.

Deuxième partie

2 • Le nouveau propriétaire peut-il exiger le rappel de l'augmentation triennale qui n'a pas été demandée par le précédent propriétaire ?

Analyse de la question

Le terme d'augmentation triennale est très elliptique. Il fait référence à la révision des loyers commerciaux. L'annexe 2 est précieuse, elle donne l'article L145-38 qui traite de la révision du bail commercial. Il faudra donc employer le terme de « révision » du loyer qui ne se trouve pas dans la question, mais qui est indispensable à la réponse. Il faut ensuite enrichir l'article de l'annexe par vos connaissances et faire apparaître les étapes du raisonnement juridique sur l'enchaînement des règles pour aboutir à la solution du cas.

RÉPONSE ATTENDUE

La révision du loyer est réglementée par les articles L145-38 du code de commerce. Elle est en principe, sauf clause conventionnelle différente, effectuée tous les trois ans. Une révision n'est possible que si un délai d'au moins trois ans s'est écoulé depuis la date de la signature du bail d'origine. Cette demande doit être signifiée par acte d'huissier ou adressée par lettre recommandée avec accusé de réception et préciser le montant du loyer demandé. Le nouveau montant est fixé en fonction de l'indice du coût de la construction du trimestre au cours duquel la demande en révision a été formée. **Le nouveau délai de trois ans ne court qu'à compter de la demande du propriétaire.**

Le propriétaire qui n'a pas demandé d'augmentation de loyer au moment de la période triennale n'est pas déchu de ses droits car la révision peut être demandée à n'importe quel moment (au-delà de l'expiration des trois années).

Le nouveau loyer ne sera applicable qu'à compter de la demande et aucun rappel de loyer pour la période écoulée depuis l'échéance ne peut être exigé.

Application au cas

Le nouveau propriétaire Monsieur GRIPSOU ne peut donc pas demander de rappel de loyer au titre d'une révision qui n'a pas été effectuée.

3 • MARC EST-IL OBLIGÉ D'ACCEPTER UNE MODIFICATION DE SON BAIL COMMERCIAL POUR Y INSÉRER UNE CLAUSE D'ÉCHELLE MOBILE ?

Analyse de la question

La modification du bail commercial implique la modification du contrat de bail. Cette question relève de la théorie du contrat et de l'autonomie de la volonté. La clause d'échelle mobile fait référence aux dérogations conventionnelles à la révision triennale des baux commerciaux.

RÉPONSE ATTENDUE

La modification du bail commercial par l'ajout d'une clause d'échelle mobile touche à l'économie du contrat. Il faut donc que les deux parties y consentent expressément et que ce consentement soit constaté par écrit. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, le consentement doit être clair, non équivoque et exempt de vices.

Clause d'échelle mobile : clause d'un contrat à exécution successive selon laquelle la valeur d'une obligation ou d'une prestation est indexée à la valeur d'un bien, d'un service, du coût de la vie ou d'un indice. Les parties peuvent convenir d'une autre technique de révision du loyer en insérant dans le bail une clause d'indexation ou d'échelle mobile. Le loyer est alors automatiquement indexé en fonction de la variation de l'indice mentionné dans le contrat.

RÉPONSE ATTENDUE

Application au cas

Il est possible de rajouter une telle clause dans le contrat avec l'accord des deux parties. Marc peut tout à fait refuser, il restera alors soumis à la révision triennale qui ne prendra effet qu'à partir du moment ou la première aura été effectuée.

Pour aller plus loin

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 prévoit que le loyer d'un bail commercial peut être indexé sur la variation de l'indice national du coût de la construction ou, pour des activités commerciales définies par décret, sur la variation de l'indice trimestriel de loyers commerciaux publié dans des conditions fixées par ce même décret par l'Institut national de la statistique et des études économiques. Par conséquent, l'indice des loyers commerciaux (ILC) n'est pas encore applicable car le décret d'application n'est pas paru.

Troisième partie

4 • Marc se demande s'il peut bénéficier de la nouvelle loi LME du 4 août 2008. Pourrait-elle lui permettre un paiement plus rapide et une meilleure trésorerie ?

Analyse de la question

La loi LME comporte de nombreuses réformes, la question attire l'attention sur l'une d'entre elle : la réduction des délais de paiement.

RÉPONSE ATTENDUE

Les difficultés de financement des PME déjà malmenées par la crise financière sont aggravées par les délais de paiement de 102 jours en moyenne. Pour protéger la trésorerie des PME fragilisées par des délais de paiement trop longs, la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 prévoit à compter du 1er janvier 2009 que **les délais de paiement entre professionnels ne pourront pas dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.**
Ces délais pourront être réduits par accord des organisations professionnelles. Le taux des pénalités dues en cas de retard de paiement sont relevés. Les conditions générales de vente devront ainsi prévoir que les pénalités de retard ne pourront pas être inférieures à trois fois le taux de l'intérêt légal (contre une fois et demie actuellement).

RÉPONSE ATTENDUE

Pour aller plus loin

Certaines fédérations professionnelles comme celles du bâtiment tentent d'obtenir un moratoire. Le ministre de l'Économie a par ailleurs attiré l'attention sur des pratiques visant à contourner la loi :

- Le gain de trésorerie attendu pour le fournisseur est compensé par des baisses de prix, sous forme de ristournes et/ou de rachat des délais de paiement pour le client.
- Une avance permanente équivalente à X mois de chiffre d'affaires est prélevée sur la trésorerie du fournisseur.
- La « vente en consignation » consiste en ce que la marchandise qui se trouve chez le client demeure la propriété du fournisseur. Le client paye la marchandise à sa sortie du stock en consignation, c'est-à-dire lors de la vente au client final.

Quatrième partie

5 • En vous aidant de l'annexe 4, expliquez à Marc quel statut pourrait convenir à Jackie.

RÉPONSE ATTENDUE

Le statut désigne un ensemble de dispositions contractuelles, légales ou réglementaires organisant le régime juridique applicable à une personne ou à un bien (*le « statut des établissements financiers » ou « le statut du conjoint » de l'entrepreneur individuel ou « le statut des baux commerciaux »*).

Le décret du 1er août 2006 a imposé au conjoint qui travaille régulièrement ou occasionnellement dans l'entreprise, de choisir entre trois statuts : conjoint collaborateur, conjoint salarié ou conjoint associé. Cette protection a été étendue par l'article L121-8 issu de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, à la personne liée par un pacte civil de solidarité (PACS) au chef d'entreprise.

1. **A le statut de conjoint salarié**, le conjoint ou le partenaire pacsé, ou le concubin qui participe effectivement à l'activité de l'entreprise ou de l'époux ou partenaire à titre professionnel et habituel, et perçoit un salaire normal correspondant à sa catégorie professionnelle. Il bénéficie alors à titre personnel de la couverture sociale des salariés du régime général.

RÉPONSE ATTENDUE

2. **A le statut de conjoint collaborateur**, le conjoint ou partenaire pacsé qui satisfait aux conditions suivantes :
- est le conjoint ou partenaire pacsé du chef d'entreprise ;
- collabore régulièrement à l'activité de l'entreprise (l'exercice d'une activité non salariée, ou d'une activité salariée au moins égale à un mi-temps fait présumer que l'activité dans l'entreprise n'est pas régulière ; c'est une présomption simple, il est possible de rapporter la preuve d'une participation régulière à l'entreprise afin d'opter pour ce régime) ;
- ne perçoit pas de rémunération ;
- n'est pas associé de la société ;
- est mentionné au registre du commerce et des sociétés (pour les commerçants), au répertoire des métiers (pour les artisans).

Le conjoint collaborateur bénéficie d'une couverture sociale en matière de :
- maladie ;
- maternité, droit allocation forfaitaire de repos maternel (2 773 euros) et droit à une allocation de remplacement par du personnel salarié (pendant 28 jours, ou sur demande, pendant 56 jours pour un montant maximal de 50,99 euros/jour) ;
- d'invalidité-décès ;
- de droit personnel de retraite obligatoire et de retraite complémentaire.

3. **A le statut de conjoint associé** le conjoint ou partenaire associé d'une société dirigée par le chef d'entreprise. Le conjoint associé est affilié et cotise auprès des régimes maladie et vieillesse des professions indépendantes dont relève le chef d'entreprise. Si le chef d'entreprise relève du régime général *(ex. : gérant minoritaire de SARL)* ; le conjoint associé sera affilié au régime général s'il remplit les conditions du salariat (lien de subordination).

Application au cas

Jackie, partenaire pacsé de Marc, pourrait bénéficier du statut de conjoint collaborateur. Elle va travailler régulièrement dans l'entreprise dont elle n'est pas associée sans percevoir de rémunération. Une fois mentionnée au RCS, elle bénéficiera à titre personnel d'une couverture sociale.

Première partie

1 • Les parts sociales et les sommes portées sur le compte-courant de la société au nom de Jude entrent-elles dans la composition du patrimoine de Jude ? Quelle est leur nature juridique ?

RÉPONSE ATTENDUE

Le patrimoine est composé de droits et d'obligations évaluables en argent. Il comprend des droits réels (dont le droit de propriété), des droits de créance et des droits intellectuels.

Une **part sociale** est un titre représentatif d'une quote-part du capital d'une société de personnes (SNC et société en commandite simple) ainsi que d'une SARL et EURL.

Les parts sociales, selon l'article 529 du code civil, « sont meubles par la détermination de la loi les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

Les parts sociales sont des meubles incorporels, elles sont évaluables en argent. L'associé est titulaire d'un droit de propriété sur les droits sociaux. Ce droit de propriété entre dans la composition du patrimoine.

Le compte-courant de la société est une convention conclue entre la société et un de ses associés, par laquelle les remises réciproques à l'actif comme au passif se compensent. Le compte-courant constitue une opération unique et indivisible, seul le solde du compte-courant est dû lors de l'arrêt du compte.

Si le solde est négatif, c'est une dette de l'associé envers la société ; si le solde est positif, c'est un droit de créance de l'associé sur la société.

Application au cas

Les droits attachés aux parts sociales et les droits ou obligations résultant du solde du compte-courant entrent dans le patrimoine de Jude.

2 • Quelles preuves permettent d'établir un accident de la circulation ? Sur qui repose la charge de la preuve dans ce cas ?

Analyse de la question

La question porte sur la preuve des éléments de la responsabilité. S'agissant d'une responsabilité délictuelle, il faut rapporter la preuve du fait générateur.

RÉPONSE ATTENDUE

Le fait générateur de la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 du code civil est un accident de la circulation. C'est un fait juridique, il se prouve par tout moyen. Les preuves peuvent consister en des témoignages, des traces sur les véhicules, des enregistrements vidéo de caméra de surveillance, etc.
C'est à la victime de l'accident de la circulation de le prouver. En effet, elle est créancière d'une créance de réparation à l'encontre du responsable de l'accident et aux termes de l'article 1315 du code civil : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. »

Application au cas

L'accident de la circulation est prouvé par un constat contradictoire ou des témoignages. Seul un témoin est cité dans l'annexe 1 : la lettre de l'assureur. La charge de la preuve repose sur la victime M. Mentou Claude.

2 • Quels droits peut exercer Marion sur les parts sociales détenues par Jude ? Peut-elle céder ces parts sociales ?

Analyse des données du cas

« Marion et Jude sont mariés sans contrat, les parts sociales détenues par Jude sont pour 40 % les biens propres de Jude et pour 60 % les biens communs des époux ». Le cas distingue parmi les parts sociales, des parts sociales qui appartiennent en propre à Jude et des parts sociales qui font partie du patrimoine commun des époux. Il faut donc définir ce que sont ces biens propres et ces biens communs pour pouvoir répondre à la question. Le principe dont le sujet recherche l'application est celui selon lequel on ne peut exercer que les droits dont on est le titulaire.

RÉPONSE ATTENDUE

Les biens propres et les biens communs coexistent dans un régime de communauté de biens entre époux. **Sont des biens propres :**

- **les biens qui ont une nature personnelle : les vêtements et effets personnels** (sauf les effets personnels acquis à titre d'investissement), **les biens et outils destinés à l'exercice de la profession des époux**, quel que soit le moment de leur acquisition, **les souvenirs personnels** qui n'ont qu'une valeur affective, **les droits de propriété intellectuelle** (comme les droits d'auteur) restent personnels, mais les revenus qu'ils procurent tombent dans la communauté. **Les droits à la réparation d'un préjudice moral ou corporel** resteront personnels : si un époux est victime d'un grave accident de la route et perçoit une indemnité importante, il en restera seul propriétaire ;
- **les biens possédés par l'un des époux avant le mariage ;**
- **les biens reçus ou hérités pendant le mariage ;**
- **certains biens acquis en cours de mariage** par remploi de fonds personnel.

Sont des biens communs tous les biens qui ne sont pas des biens propres dans un régime de communauté. Dans le régime légal de la communauté réduite aux acquêts, sont biens communs tous les biens acquis pendant le mariage.

Chaque époux participe sur un pied d'égalité à la gestion de la communauté et d'autre part, il gère séparément et indépendamment ses biens propres. Selon les articles 217 et 219 du code civil, un époux peut être autorisé, par la la justice, à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté.

Application au cas

Le solde négatif comme positif entre dans la communauté des époux. Marion, en vertu de son pouvoir de gestion des biens communs, peut disposer du solde positif comme elle l'entend. Si le solde est négatif, elle sera tenue de régler la dette. Marion détient le pouvoir de disposer des parts sociales, biens communs du couple. Elle pourrait les céder par un acte sous seing privé sans le consentement de Jude. Jude est hors d'état de manifester sa volonté, sa femme peut demander au juge l'autorisation de céder les parts sociales qui sont des biens propres de Jude (art 219 du code civil).

3 • Quels sont les régimes de protection des majeurs qui pourraient s'appliquer à Jude ?

Analyse de la question

C'est une question de cours qui demande la présentation des trois grands régimes de protection des incapables (voir Fiche 9 II 3°).

RÉPONSE ATTENDUE

Introduction

Selon l'annexe 1, le régime de protection des incapables vise « les personnes dont l'altération des facultés (certifiée par un médecin inscrit sur une liste établie par le procureur de la République) ne leur permet plus de pourvoir seules à leurs intérêts ».

Développement

Les trois régimes de protection des incapables majeurs :

1. La sauvegarde de justice

C'est une mesure de protection légère, les capacités civiles et civiques du patient persistent. Les actes juridiques du majeur protégé peuvent être modifiés ou annulés. Il s'agit le plus souvent de personnes porteuses d'une pathologie compatible avec la vie sociale mais risquant d'agir à l'encontre de leurs propres intérêts, ou bien de personnes aux facultés mentales altérées de façon transitoire *(comateux...)*, enfin de personnes nécessitant une mesure de protection rapidement avant l'instauration d'une tutelle ou d'une curatelle.

2 • La curatelle

C'est une mesure intermédiaire entre la sauvegarde de justice et la tutelle. Elle est destinée aux personnes qui, sans être hors d'état d'agir par eux-mêmes, ont besoin d'être conseillées ou contrôlées dans les actes de la vie civile. L'incapacité de la personne sous curatelle est partielle, le juge des tutelles définit quels actes la personne pourra accomplir de manière autonome (les actes d'administration) et ceux qui nécessitent l'assistance du curateur (les actes de disposition et l'emploi des capitaux important). Ce régime s'adresse aux personnes dont les facultés mentales ou corporelles altérées, empêchent l'expression de la volonté.

3 • La tutelle

C'est une mesure de protection complète du majeur, elle entraîne une incapacité civile presque totale. Elle s'adresse aux personnes souffrant d'une altération des facultés psychiques ou corporelles qui obère leur lucidité, l'expression de leur volonté et leur aptitude à gérer leurs biens. La tutelle peut-être complète ou porter seulement sur les prestations sociales.

Conclusion : application au cas

Le coma de Jude étant récent, la sauvegarde de justice semble pour l'instant la plus adaptée. Protection transitoire, elle pourra être levée si Jude guérit. Elle pourra être transformée en un autre régime de tutelle ou de curatelle si son état s'aggrave.

4 • Marion perdra-t-elle le versement du bénéfice de l'année en cours ? (annexe 2). Marion peut-elle faire annuler la cession des parts sociales à laquelle elle a consenti ? (annexe 3)

Analyse des données du cas

La difficulté de la question réside dans le fait qu'elle mobilise deux réponses très différentes. La première partie de la question trouve sa réponse dans l'interprétation du contrat de cession de parts, la seconde partie de la question porte sur les vices du consentement et leur sanction : l'annulation du contrat vicié.

RÉPONSE ATTENDUE

Le traitement du versement des bénéfices de l'année en cours par l'article 4 du contrat de cession

Cette question est réglée par les dispositions contractuelles qui font la loi des parties. L'article 4 dispose « le cessionnaire devient propriétaire, **à compter de ce jour**, des parts sociales ci-dessus mentionnées avec tous les droits et obligations qui y sont attachés. Le cédant le subroge dans tous ses droits et actions attachés aux parts cédées, notamment quant à la **distribution des éventuels bénéfices** réalisés lors de l'exercice en cours et des suivants. »

La subrogation est un mécanisme juridique par lequel une personne est substituée à une autre. Le régime applicable à la personne subrogée est le même que celui auquel était soumise la personne qu'il remplace.

Application au cas

Le cessionnaire détient tous les droits et obligations du cédant. Il percevra donc les bénéfices de l'exercice en cours qui seront distribués après la conclusion de l'acte.

L'annulation de la cession des parts sociales

Analyse des données du cas

Les données du cas font apparaître que :
« Paul n'a pas été très regardant et Marion a cédé aussi bien les parts sociales appartenant au couple que celles qui appartenaient en propre à Jude ».
Cela reprend la question précédente, Marion avait-elle la capacité de céder les parts sociales appartenant à Jude ?

« Paul …a dissimulé à Marion l'excellent état financier de la société » la dissimulation d'une information est un vice du consentement assimilée à un dol par la jurisprudence.

Analyse de l'annexe 3

L'arrêt a pour problème juridique : la réticence dolosive et sa reconnaissance par la jurisprudence comme un vice du consentement.

La nullité est une sanction judiciaire qui anéantit rétroactivement un acte qui présente un défaut dans les conditions de formation requises par la loi tels que l'incapacité de l'un des contractants ou un vice du consentement. Elle est obtenue par une action en annulation.
Concernant l'incapacité de l'un des contractants, cette nullité ne peut être invoquée que par la partie protégée.

Application au cas
Marion est majeure, elle n'avait pas le droit de céder sans autorisation du juge les parts sociales de Jude qui étaient des biens propres. Cependant, seul Jude pourra invoquer son incapacité pour demander l'annulation de la cession des parts sociales lui appartenant en propre.
La réticence dolosive est un mensonge par omission. La jurisprudence l'admet comme vice du consentement au même titre qu'un acte positif de tromperie (dol). La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 octobre 2001, rejette un pourvoi contre un arrêt qui a reconnu qu'« **occulter dans l'acte de cession un élément essentiel… déterminant du consentement… caractérise la réticence dolosive** ».
Le prix de la cession des parts est un élément essentiel déterminant du consentement de Marion, car la vente est parfaite s'il y a accord sur la chose et sur le prix. Le consentement de Marion n'a été ni libre ni éclairé.
La dissimulation du contrat qui garantit une activité importante à la SARL Ovide peut être interprétée comme une réticence dolosive si Marion n'était pas associée de la SARL, donc en mesure d'avoir connaissance de ce contrat. La réticence dolosive de Paul, peut permettre l'annulation de la cession des parts sociales pour vice du consentement.

5 • Marc décide de prévoir la gestion de ses affaires s'il devenait incapable d'exercer ses droits à la suite d'un accident, est-ce possible ?

RÉPONSE ATTENDUE

Le mandat de protection future organisé par la loi du 5 mars 2007 permet à toute personne d'**organiser la protection de ses intérêts personnels et de son patrimoine** pour le cas où elle ne serait plus en mesure de le faire elle-même à la suite d'un accident (coma prolongé) ou d'une maladie grave (maladie d'Alzheimer à un stade avancé).
Toute personne majeure pourra ainsi désigner par **déclaration spéciale devant notaire** (acte notarié) le curateur ou le tuteur souhaité dans l'hypothèse où une telle mesure s'avérerait nécessaire. Ce choix s'impose au juge sauf si la déclaration est contraire aux intérêts de la personne à protéger.

Application au cas
Marc peut passer un acte notarié organisant sa protection future depuis le 9 mars 2007.

Première partie

1 • L'activité des tutoriaux relève-t-elle du code de la consommation ?

Analyse de la question

Le code de la consommation réglemente les relations entre un professionnel et un consommateur. Il s'agit donc d'une « question piège » car elle porte sur une activité. Les activités de production ou de service susceptibles d'être visées par le code de la consommation sont celles où le client final de cette activité est un consommateur ; s'il est un professionnel, c'est le code de commerce qui régit leur relation.

RÉPONSE ATTENDUE

Le code de la consommation a pour objet de réglementer les relations entre un consommateur et un professionnel.
Le terme « consommateur » fait l'objet de diverses définitions. En droit communautaire, il est défini dans la convention de Bruxelles, la convention de Rome, la directive sur les clauses abusives dans les contrats de consommateurs, la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.
Le consommateur est généralement défini comme **toute personne physique qui, en dehors du cadre de son commerce, de ses affaires ou de sa profession, passe un contrat avec un fournisseur, lui-même dans l'exercice de son activité professionnelle ou commerciale**.
Certaines législations nationales élargissent cependant la catégorie des consommateurs pour l'étendre au profane, ce qui inclut le professionnel lorsqu'il agit en dehors de ses compétences professionnelles.
En droit français, la notion de consommateur vise non seulement le consommateur mais aussi le « non-professionnel ».

Application au cas

Les clients des tutoriaux sont des personnes physiques agissant en dehors de leur cadre professionnel qui passent un contrat avec Ovide Pub (professionnel dans l'exercice de son activité commerciale). Cette relation nouée à propos de la vente de tutoriaux est soumise au code de la consommation.

2 • Quelles obligations nouvelles pèsent sur Ovide Pub du fait de l'application de la loi du 3 janvier 2008 ? (Annexe 1)

Analyse de l'Annexe 1

Cette annexe reprend les articles modifiés par la loi du 3 janvier 2008 qui mettent à la charge des professionnels de e-commerce des obligations supplémentaires en matière de contact réel entre cyber-vendeurs et cyber-consommateurs.

RÉPONSE ATTENDUE

La loi du 3 janvier 2008 oblige les professionnels **à fournir des coordonnées téléphoniques permettant aux consommateurs** d'entrer en contact de manière effective avec eux (L 121-18 du code de la consommation). Le but est de permettre aux consommateurs de suivre leur commande, d'exercer leur droit de rétractation ou de faire jouer la garantie. L'article L 121-19 prévoit que ces moyens de communication ne devront pas être surtaxés. Cette obligation de passer par des moyens de communication téléphoniques entraîne des surcoûts pour les cyber-professionnels.
La loi oblige les vendeurs professionnels à distance à s'engager sur les délais de livraison. À défaut, la loi fait peser une présomption de livraison dès la conclusion du contrat. **La date limite à laquelle le fournisseur s'engage à livrer le bien ou à réaliser la prestation de service** selon l'article L121-20-3 doit être portée à la connaissance du consommateur. Bien que les vendeurs utilisent des prestataires pour la livraison des produits, dont ils ne maîtrisent pas les délais de livraison. La responsabilité des délais de livraison repose désormais entièrement sur les vendeurs. Les consommateurs ne connaissent plus, en cas de retard, qu'un seul interlocuteur.

Application au cas

OVIDE PUB doit désormais indiquer des coordonnées téléphoniques permettant aux clients de tutoriaux d'entrer en contact avec l'entreprise. Elle doit aussi préciser la date de livraison des tutoriaux.

Deuxième partie

3 • OVIDE PUB PEUT-ELLE AMORTIR UNE PARTIE DES CHARGES DUES AU SERVICE TÉLÉPHONIQUE EN SURFACTURANT LES COMMUNICATIONS ? (ANNEXE 1)

RÉPONSE ATTENDUE

Selon L'article L121-19 III « les moyens de communication [...] ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût complémentaire spécifique ». Cet article interdit donc la surfacturation des communications à la charge des consommateurs qui contactent l'entreprise. En revanche, rien n'interdit de faire payer le temps d'attente, à condition qu'il soit au tarif de la communication.

Application au cas

OVIDE PUB ne peut amortir la nouvelle obligation mise à sa charge en surfacturant les communications téléphoniques.

Troisième partie

4 • Les enfants et adolescents peuvent-ils acheter en ligne les tutoriaux par eux-mêmes ?

Analyse de la question

Le terme « par eux-mêmes » doit guider vers une réponse sur l'incapacité d'exercice du mineur.

RÉPONSE ATTENDUE

Le mineur non émancipé est frappé d'une **incapacité d'exercice. Il lui est interdit de faire du commerce à l'exclusion les actes de la vie courante et certains actes en fonction de son âge** *(retirer de l'argent de son compte, signer un contrat de travail).* L'achat en ligne de tutoriaux est un acte de disposition car le mineur dispose du prix du logiciel.
Il n'a pas la capacité juridique d'accomplir seul cet acte. Cependant, le représentant légal de l'enfant ou de l'adolescent mineur peut effectuer un paiement d'une somme forfaitaire *dont le jeune consommateur pourra ensuite disposer à sa guise pour acheter les tutoriaux* de son choix dans la limite du budget prépayé par son représentant légal.

Application au cas

Le système de paiement par crédit d'unités par les parents, que les enfants consomment ensuite en téléchargeant un tutorial, ne fait pas du mineur le client direct d'Ovide Pub. Ce sont bien les parents, en tant que représentants légaux, qui exercent la capacité d'exercice de leur enfant. Ce procédé est donc licite, les enfants et les adolescents peuvent consommer les unités que leurs parents ont achetées pour eux.

Quatrième partie

5 • Ce système de vente est-il licite ? (Annexes 2, 3, 4)

Analyse de la question

Le système de vente auquel il est fait référence est celui décrit dans les annexes comme une pratique interdite.

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse des annexes

L'annexe 3 fournit la qualification de ce système de vente : « ce type de vente est interdit par l'article L-122-6 du code de la consommation qui réprime les ventes dites à la boule de neige. »

RÉPONSE ATTENDUE

L'article L.122-6 interdit la pratique consistant à offrir des marchandises à un consommateur en lui faisant espérer qu'il pourra les obtenir à un prix inférieur à leur prix réel, voire gratuitement, à condition de recruter lui-même de nouveaux acheteurs, lesquels peuvent bénéficier des mêmes avantages dès lors qu'ils recrutent à nouveau des acheteurs, et ainsi de suite. Cette pratique dite « de la boule de neige » est appelée également « vente pyramidale » ou « vente par réseau ».

Application au cas

Le procédé imaginé par Marc transforme ses jeunes clients en vendeurs dans l'espoir d'être crédités d'unités. Il s'agit d'un procédé de vente réprimé sous l'appellation « vente à la boule de neige ».

Cinquième partie

6 • Cette pratique commerciale est-elle susceptible d'entraîner la responsabilité pénale de la SARL Ovide Pub et de son gérant Marc ?

Analyse de la question

L'expression « pratique commerciale » est vague : fait-il référence à la vente à la boule de neige ou aux sollicitations des jeunes pour la pratiquer ? Dans le doute, mieux vaut traiter les deux hypothèses.

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse des annexes

Le traitement de cette question réclame un traitement approfondi des articles donnés en annexe.

La responsabilité pénale est celle qu'encourt l'auteur de la transgression d'une loi considérée comme une faute et sanctionnée par une peine.

La responsabilité pénale d'une personne morale peut être mise en jeu parallèlement à celle de son représentant légal

La vente à la boule de neige est sanctionnée par une amende de 4 500 euros et d'un emprisonnement d'un an.

Les sollicitations répétées sous forme de fenêtres pop, peuvent tomber sous le coup du nouvel article **L122-11** de la loi du 3 janvier 2008 : « Une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent [...] elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur. »

RÉPONSE ATTENDUE

Le harcèlement est caractérisé par « le moment et l'endroit où la pratique est mise en œuvre, sa nature et sa persistance ».
Enfin, l'article L122-11-1 répute agressives les pratiques commerciales consistant à se « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance ».
L'article L122-13 incrimine le représentant légal de la société qui a décidé de la mise en œuvre de la pratique commerciale agressive. L'article L 122- 14 permet d'incriminer la personne morale.
La sanction est portée dans l'article L122-12 : « le fait de mettre en œuvre une pratique commerciale agressive est puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 150 000 euros au plus » et dans l'article L122-13, elle correspond à une « interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement une activité commerciale ».

Application au cas

Les sollicitations interviennent au domicile des clients ; ces clients sont mineurs, la vente à la boule de neige est interdite, donc tout encouragement à sa pratique aussi, et les sollicitations sont particulièrement envahissantes, empêchant même les jeunes clients de jouir paisiblement de leur tutoriaux. Elles interviennent au moyen d'outil de communication à distance. Elles semblent bien constituer une pratique commerciale agressive. La SARL Ovide peut voir sa responsabilité pénale mise en jeu aux côtés de son gérant Marc.

7 • Quel sera le sort des contrats qui auront ainsi été conclus ?

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse de l'annexe

La réponse dans cette question est donnée dans l'annexe 4. Il faut retrouver la règle de droit précisément applicable dans ce cas.
L'Article L122-15 stipule que « lorsqu'une pratique commerciale agressive aboutit à la conclusion d'un contrat, celui-ci est nul et de nul effet ».

Application au cas

Tous les contrats que les jeunes internautes sollicités auront fait conclure par ce procédé sont nuls. Celle-ci pourra donc être demandée à tout moment par les parents des jeunes clients.

Première partie

1 • La marque est-elle un bien pour l'entreprise ? Quels autres biens de même nature peuvent entrer dans son patrimoine ?

Analyse de la question

La difficulté de la première question tient au fait qu'elle n'est pas posée de façon habituelle. Il est attendu du candidat un travail précis de terminologie juridique.

RÉPONSE ATTENDUE

Un bien est toute chose objet d'un droit réel (locaux commerciaux), ou tout droit subjectif patrimonial (droit au bail).
Un patrimoine comprend des **droits évaluables en argent exercés sur des biens** (droits réels) ou des droits d'exiger l'accomplissement d'une obligation par une autre personne (droits personnels ou de créance) et **des obligations** (principalement des dettes). Toute personne juridique a un et un seul patrimoine.
La marque est définie dans l'article L. 711-1 du code de la propriété intellectuelle : « **La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale**. Peuvent notamment constituer un tel signe :
a) les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;
b) les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;
c) les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèses ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs. »
La marque n'a pas de réalité physique, elle est le signe de reconnaissance et d'identification d'une entreprise, d'un produit ou d'un service dans l'esprit des consommateurs. En revanche, elle a une valeur économique, puisqu'elle permet de distinguer une entreprise, un produit ou un service de ses concurrents.
La marque est donc un bien incorporel, c'est-à-dire une chose ayant une valeur économique et que l'on ne peut pas ressentir par un sens : *un fonds de commerce, un virement de fonds, un brevet, une marque.*
La propriété incorporelle connaît un essor prodigieux dans l'économie moderne. Elle représente un élément très important de la valeur d'un patrimoine.
Les autres biens incorporels qui peuvent entrer dans la composition du patrimoine sont :
– le fonds de commerce ;
– les droits issus de la propriété industrielle (brevets, dessins et modèles…) ;
– les droits d'auteur.

2 • Quels caractères doit présenter une marque pour être protégée ?

Analyse de la question

C'est une question de cours classique dont les éléments se trouvent énumérés aux articles 711-1 ; 711-2 et 711-3 du code la propriété intellectuelle. Le terme « caractères » doit amener le candidat à énoncer les conditions de fond de protection de la marque et non les conditions de forme.

RÉPONSE ATTENDUE

Une marque ne pourra être enregistrée pour accorder un monopole juridique que si elle est **distinctive, licite et disponible**.

• Une marque doit être **distinctive**, c'est-à-dire permettre de distinguer les produits ou services du titulaire de ceux des concurrents. Le signe choisi doit être original, ne pas présenter l'utilisation d'un signe usuel, nécessaire ou générique pour désigner les produits et les services. Le caractère usuel est attaché à un mot qui sert habituellement à désigner le produit ou le service (« *Internet* »).

La marque « *alcool* » ne peut être déposée pour un parfum car l'alcool entre dans la composition du parfum et cela reviendrait à interdire aux concurrents d'utiliser le mot alcool sur leur flacon de parfum, élément nécessaire pour informer le consommateur sur la composition du produit. La marque **ne doit pas être descriptive**. Le signe ne doit pas servir à désigner une caractéristique du produit ou un service, ni décrire la qualité, la quantité, la destination, la valeur ou encore la provenance de produit ou service.

Par exemple, la marque «tamisée» pour de la farine n'a pas pu être enregistrée.

La marque n'est pas le **dessin du produit lui-même**.

La bouteille de *Coca-Cola* TM est déposée comme marque, en revanche, on ne pourra pas déposer le dessin d'un club de golf pour vendre des articles de golf, mais on pourra déposer un dessin très stylisé d'un joueur de golf pour des articles de golf.

• Une **marque doit être licite**

Le signe choisi **ne doit pas être un signe interdit**. Sont ainsi interdits les dignes publics : les drapeaux, emblèmes d'État, poinçons officiels, sigles officiels comme l'ONU ou les anneaux olympiques. Le signe ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs. Les mœurs évoluant, la marque « *Opium* » pour du parfum a été reconnue licite. En revanche, la marque « *terroriste* » serait probablement refusée.

La marque **ne doit pas être déceptive**, le signe ne doit pas tromper le consommateur sur la qualité, la provenance, la nature des produits et services sur lesquels est apposée la marque. Par exemple, on ne pourra pas déposer la marque « *toutfrais* » pour des produits surgelés ou la marque « *fruit des elfes* » pour une boisson qui ne contient pas de jus de fruit.

• **Une marque doit être disponible**

Il convient de s'assurer qu'une marque identique ou similaire n'existe pas déjà. Il faut pour cela procéder à une recherche d'antériorité et de similarité.

Deuxième partie

3 • Quelles actions pourraient intenter Marc au nom de la société Ovide Pub contre la société Olide Informatique (Annexe 2) ?

Analyse de la question

La question est très vague, le terme « actions » référant à « actions en justice ». Il faut noter que le terme étant au pluriel, au moins deux actions doivent être citées. Une aide précieuse à la réponse est apportée par une lecture attentive de l'annexe dans laquelle on peut notamment relever : « peuvent par exemple, vous attaquer en contrefaçon ou en concurrence déloyale et vous interdire d'utiliser le nom de votre société. »

RÉPONSE ATTENDUE

• **La marque peut être protégée par une action en contrefaçon.**
Il s'agit de sanctionner les actes de confusion de marque. Ils peuvent revêtir plusieurs formes : *reproduction à l'identique, imitation, usage de la marque sans autorisation du son propriétaire.*

• **La marque peut être protégée par une action en concurrence déloyale.**
Elle est fondée sur l'article 1382 du code civil : elle est engagée par la faute. C'est le **comportement** et non le résultat (captation de la clientèle sans investir) qui est constitutif de concurrence déloyale. En effet, le concurrent déloyal tire parti de l'originalité, la distinctivité, l'inventivité de la marque imitée. C'est, dit la Cour de cassation, « cette atteinte indue ou préjudiciable à un commerce paisible », « l'atteinte à un intérêt relatif, attaché à la connaissance de l'objet imité, quel qu'il soit (modèle, enseigne, dénomination sociale…), dans le cadre où ils sont utilisés » qui constituent une faute. La chambre commerciale a d'ailleurs précisé dans un arrêt de cassation que l'originalité d'un produit n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale.

4 • Devant quel tribunal Marc doit-il intenter l'action ? La procédure a-t-elle des chances d'aboutir en faveur de la société Ovide Pub ? (Annexes 2 et 3)

Analyse de la question

Cette question constitue l'application au cas de la question précédente. Il est intéressant de relever que le terme « action » est désormais au singulier, ce qui peut conduire le candidat à choisir l'action qui a le plus de chance d'aboutir.

RÉPONSE ATTENDUE

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce s'agissant d'un litige entre deux commerçants. **L'action en contrefaçon** paraît délicate à mettre en œuvre car il faut prouver que la marque Ovide Pub est originale et distinctive, pour reprocher à Olide Informatique une imitation servile. En revanche, l'**action en concurrence déloyale** paraît plus aisée à mettre en œuvre ; l'originalité n'a pas besoin d'être prouvée, l'imitation a pour but de capter la clientèle d'Ovide Pub à son profit et cela en dehors de tout accord. La Cour de cassation a ainsi accueilli favorablement la concurrence déloyale dans une jurisprudence récente l'**arrêt n° 855 du 12 juin 2007**.

5 • Qu'est-ce que le droit d'auteur ? Que protège-t-il ?

Analyse de la question

Il faut définir le terme d'auteur et son objet implicite : l'œuvre ou la création intellectuelle. C'est une question de cours classique.

RÉPONSE ATTENDUE

L'auteur est la personne dont la personnalité s'est exprimée dans l'œuvre.
La qualité d'auteur est présumée appartenir à celui sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. Depuis la loi du 1er août 2006, le salarié est reconnu comme étant le titulaire du droit d'auteur mais la loi accorde des réserves à ce droit au profit de l'employeur.
Le droit d'auteur emporte des droits patrimoniaux et un droit moral sur la création intellectuelle. **Les droits patrimoniaux** comprennent :

- **le droit de reproduction** : droit de fixer matériellement l'œuvre par tous procédés permettant de la communiquer au public *(imprimerie, photocopie, moulage, gravure, enregistrement)* ;
- **le droit de représentation** : communication de l'œuvre au public par un moyen quelconque *(télédiffusion)* ;
- **le droit de suite** : droit pour l'auteur et ses héritiers de toucher une partie du produit de la vente chaque fois que le support matériel de l'œuvre est vendu, s'il s'agit d'une œuvre originale et quand un professionnel du marché de l'art intervient comme vendeur, acheteur ou intermédiaire.

RÉPONSE ATTENDUE

Le droit moral sur l'œuvre comporte :

- **le droit de contrôler la circulation de l'œuvre**. L'auteur décide seul du procédé et du moment de la divulgation. L'auteur a un droit de retrait de l'œuvre, c'est-à-dire de ne plus autoriser sa circulation et il a un droit de repentir, c'est-à-dire d'en modifier le contenu.
- **Le droit au respect de l'œuvre**. L'œuvre est exploitée sous le nom de l'auteur. L'auteur a le droit d'exiger que son œuvre soit communiquée au public selon ses exigences (qualité).

Le droit d'auteur protège **les œuvres de l'esprit**. Les œuvres de l'esprit sont des créations originales qui expriment la personnalité de leur auteur dans le domaine artistique ou intellectuel :

- **les œuvres littéraires** : thèses, romans, pièces de théâtre ;
- **les œuvres d'art** : peinture, sculptures, œuvres d'arts appliqués à l'industrie, plans d'architectes, photographies ;
- **les œuvres musicales, audiovisuelles ou multimédias**.

6 • Comment est assurée la protection des créations informatiques (logiciels, jeux, tutoriaux) en France ?

Analyse de la question

Le piège de la question réside dans le sens donné au terme « création informatique ». Le terme en effet peut induire en erreur et faire penser que les logiciels sont des inventions alors que ce ne sont que des œuvres de l'esprit pour la jurisprudence. Une fois ce point éclairci, il s'agit d'une question de cours assez simple, c'est l'application au cas qui est délicate, car comment qualifier un tutorial : logiciel, jeu informatique ?

RÉPONSE ATTENDUE

Une création informatique est une création intellectuelle dans le domaine de la programmation informatique. La protection des créations informatiques peut être assurée par le droit d'auteur et les droits de la propriété industrielle. Les logiciels et les programmes informatiques sont protégés par **le droit d'auteur**. La protection par le brevet n'est utilisable que si le logiciel ou le programme d'ordinateur participe à l'invention protégée par le brevet. **Lorsqu'une création informatique est plus complexe**, par exemple dans le cas des jeux de société informatique, elle peut bénéficier de plusieurs protections. Ainsi, le nom de la création informatique peut être protégé par un dépôt de marque. Les éléments esthétiques de la création informatique peuvent faire l'objet d'un dépôt de dessins et modèles. Le recours à la protection du brevet peut être également envisagé si la création informatique comporte un dispositif technique innovant spécifique. Enfin, pour les jeux de société, la règle du jeu elle-même peut être protégée par le droit si elle est originale. Les tutoriaux peuvent être qualifiés, selon leur degré de complexité, de programme informatique ou bien de jeux de société.

Troisième partie

7 • À QUELLES CONDITIONS UNE TELLE PRATIQUE EST-ELLE VALIDE SELON LA LOI DU 3 JANVIER 2008 REPRISE DANS LE CODE DE LA CONSOMMATION ? (ANNEXE 3)

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse de l'annexe

*La réponse à la question est contenue dans l'***ANNEXE 3**. *La difficulté est de synthétiser les règles essentielles sans paraphraser servilement l'***ANNEXE**.

Le code de la consommation interdit depuis la loi du 3 janvier 2008 la prospection automatique par le biais d'automate, sauf si le consommateur y a consenti au préalable. Il s'agit d'une nouvelle forme de protection de la vie privée contre le harcèlement commercial par voie électronique.

La prospection automatique interdite est définie par la loi comme « l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services ».

Par exception, est autorisée « la prospection directe par courrier électronique [...],

- si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui ;
- si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale ;
- si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé. »

Application au cas

Marc envisage de recenser les clients d'OLIDE INFORMATIQUE au moyen d'une opération de prospection automatique sous forme d'enquête. À l'occasion, les produits tutoriaux seront présentés et vantés aux prospects.

Le procédé choisi par Marc est interdit à moins que le client ne consente expressément à l'enquête et accepte de recevoir des informations sur les produits. Le fait de proposer des tutoriaux par la même occasion ne tombe pas sous le coup de la prohibition car il s'agit de ses propres produits ou services. Le procédé, souvent utilisé, qui consiste à précocher les cases censées recevoir la manifestation de ce consentement pourrait être remis en question par les tribunaux car il ne s'agit pas d'une manœuvre incitant un consentement express requis par la loi.

Première partie

1 • Quelle est la nature des responsabilités en jeu ; celle d'Ovide Pub et celle de Jean ? Marc peut-il éluder la responsabilité d'Ovide Pub en invoquant l'absence de faute de Jean ? (Annexes 1 et 2)

Analyse de la question

Pour déterminer les règles juridiques à énoncer, il faut partir des faits du cas. Un accident de voiture est imputé à Jean l'employé d'Ovide Pub. La voiture étant une chose et le responsable recherché un employé, il faut donc exposer les règles de la responsabilité de l'article 1384 du code civil, celle du fait des choses (voiture) et celle du fait d'autrui (employé).

RÉPONSE ATTENDUE

Analyse de l'annexe 2

L'article 1384 est donné dans son intégralité il faudra donc abondamment citer les alinéas pertinents sans toutefois le paraphraser.

Les responsabilités en jeu sont celles de l'article 1384 alinéa 1 du code civil : « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

La responsabilité du fait des choses

Toute personne est responsable des dommages causés par les choses qu'elle a sous sa garde en application d'un principe général de l'article 1384 alinéa 1 du code civil issu de l'arrêt Jand'Heur du 13 février 1930.

Les victimes pourront obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait d'une chose dès lors qu'ils seront en mesure de prouver la réalité du préjudice subi, l'imputabilité de ce préjudice à une chose sur laquelle le responsable dispose d'un « pouvoir indépendant d'usage, de direction et de contrôle ».

Dans ce régime de responsabilité, il existe deux présomptions :

- La causalité est présumée s'agissant des accidents causés par les choses en mouvement et des choses dangereuses ou « porteuses d'un dynamisme propre » *(bouteille de gaz…)*.
- **Le propriétaire d'une chose est présumé en avoir la garde.**

Le gardien est celui qui a **les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle de la chose.**

Le gardien de la chose qui a causé le dommage ne peut être exonéré de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute (il s'agit d'une responsabilité objective).

Seules la **force majeure** ou le fait **fautif** de la victime peuvent exonérer partiellement ou totalement le gardien de sa responsabilité.

Le **transfert de la garde ne recouvre pas le simple usage de la chose** par un tiers.

Selon la jurisprudence, il n'y a transfert de garde que dans le cas suivant :

- **le transfert involontaire de la garde** ; c'est le cas du vol ou de la perte de la chose ; S'il y a vol, la garde est transférée au voleur. Mais s'il y a perte sans qu'un tiers récupère la chose, le propriétaire reste gardien de la chose perdue ;
- **le transfert juridique de la garde par un contrat** : le contrat de prêt, le contrat de dépôt. C'est le dépositaire qui devient alors gardien.

L'indemnisation des accidents de la circulation est organisée par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 « tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation ».

La responsabilité du fait d'autrui

L'article 1384 alinéas 4, 5 et 6 du code civil prévoit trois cas de responsabilité civile du fait d'autrui, les parents du fait de leurs enfants mineur, les commettants du fait de leur préposé et les instituteurs du fait de leurs élèves.

La Cour de cassation semble étendre au-delà de ces cas limitatifs, le champ de l'article 1384 en consacrant un principe général de responsabilité du fait d'autrui. L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Blieck, Bull. Ass. Plén. n° 1) du 29 mars 1991, puis les arrêts de la deuxième Chambre civile du 22 mai 1995 (Bull. n° 155) concernant des associations sportives ont en effet admis des cas de responsabilité du fait d'autrui, non prévus par les alinéas 4 et suivants de l'article 1384.

La responsabilité des « maîtres et commettants » du fait de « leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés » est ici mise en jeu.

La responsabilité des commettants pour le dommage causé par leurs employés est une responsabilité de plein droit. Le commettant ne peut pas s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute dans la surveillance de son préposé. Il ne peut mettre la responsabilité à la charge de son employé qu'en prouvant trois conditions cumulatives :

- Le préposé a agi hors de ses fonctions.
- Le préposé a agi sans autorisation.
- Le préposé a agi à des fins étrangères à ses attributions.

Application au cas

La responsabilité d'Ovide Pub est engagée sur le fondement de l'article 1384 :

- du fait de la chose. Ovide Pub étant le propriétaire de la voiture, il est réputé en être le gardien. L'employé Jean n'en faisait qu'un simple usage, il n'en était pas devenu le gardien. Si la victime n'établit pas que la voiture est le fait générateur du dommage, la responsabilité du fait des choses tombe ;
- du fait de la responsabilité de son employé Jean qui conduisait le véhicule lors de la survenance de l'accident dans lequel ce dernier est impliqué. La faute de Jean le conducteur est à l'origine des dommages ;

L'absence de faute de Jean n'éludera pas la responsabilité d'Ovide Pub, car c'est une responsabilité objective. Le fait de Jean même non fautif, s'il est à l'origine du dommage, engage Ovide Pub sur le terrain de la responsabilité du fait d'autrui.

En revanche, si la chose n'est pas à l'origine du dommage, la responsabilité d'Ovide Pub propriétaire de la chose sera dégagée.

3 • En vous aidant des informations portées dans le constat automobile (Annexe 3), dressez la liste des informations absentes du courrier de l'assureur. Ce courrier fait-il la preuve de l'accident invoqué ?

Analyse de la question

Comment établit-on l'existence d'un accident de la circulation. Pour aider le candidat à trouver tous les éléments qui ne figurent pas dans le courrier de l'assureur, il faut s'inspirer des mentions du constat amiable dont la vocation est d'établir les circonstances d'un accident et d'en donner une preuve opposable aux deux parties puisqu'il doit être signé de chacune d'entre elles.

RÉPONSE ATTENDUE

La responsabilité de l'auteur du dommage est engagée si la victime rapporte la preuve du dommage, du fait générateur du dommage (fait personnel, fait d'autrui ou fait des choses) et du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Il faut donc prouver la survenance d'un accident de la circulation par :

- les circonstances de l'accident : lieu, date, heure, les véhicules impliqués, les conducteurs des véhicules, les manœuvres qui ont provoqué l'accident, le nom et l'adresse de chaque conducteur ainsi que son permis de conduire et les références du contrat d'assurance obligatoire de chaque véhicule, le nom et l'adresse des témoins ;
- les dommages occasionnés ;
- le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

Application au cas

Ce courrier est très incomplet ; il ne donne pas :

- les circonstances : lieu de l'accident, horaire, immatriculation du véhicule impliqué, localisation du choc entre les véhicules, le nom et l'adresse du témoin, les manœuvres qui l'ont provoqué ;
- les dommages matériels ou corporels subis du fait de l'accident invoqué ;
- le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur de l'accident. La mauvaise manœuvre à l'origine de l'accident ;
- la copie de la plainte déposée.

Conclusion : aucun dommage ni corporel, ni matériel de la part de Monsieur Mentou n'est rapporté. Un élément fondamental de la responsabilité civile fait défaut, celle-ci n'est donc pas engagée.

4 • Quelles seraient les conséquences juridiques de l'envoi des coordonnées de l'assurance d'Ovide Pub ? Que conseillez-vous à Monsieur Marc de répondre à la lettre de l'assureur ?

Analyse de la question

Cette question est difficile car elle demande à l'étudiant de réfléchir sur la stratégie des preuves que peut mettre en œuvre la partie adverse lorsqu'elle est incapable d'en rapporter en sa faveur. En essayant de se procurer, par une réponse écrite à son courrier, un commencement de preuve par écrit émanant de la partie adverse, l'assureur accrédite la réalité d'un accident qu'il n'a aucun autre moyen de prouver.

RÉPONSE ATTENDUE

La preuve de l'accident n'est pas rapportée par la victime. Elle ne dispose d'aucune preuve extérieure à elle-même. Si celui dont la responsabilité est recherchée répond au courrier et commence à relater les manœuvres qu'il a rapportées à son employeur : « Un conducteur avait dépassé Monsieur Jean en le serrant tellement que celui-ci avait dû faire une embardée pour éviter le heurt des rétroviseurs, il avait ensuite à plusieurs reprises freiné brutalement sans raison apparente le contraignant à se déporter pour l'éviter ». Il accrédite le fait qu'il y a bien eu un fait juridique qui s'est produit entre les protagonistes. Il fournira ainsi un commencement de preuve par écrit qui pourra faire preuve contre lui, puisque émanant de la partie adverse. La victime pourra alors rapporter sa propre version en contestant la version des faits reconnue par celui dont la responsabilité est recherchée.

Application au cas

L'assureur tente d'obtenir **un commencement de preuve par écrit** en incitant (voire en menaçant : conduite sans assurance, plainte pour délit de fuite) celui dont il recherche la responsabilité à lui fournir une reconnaissance implicite de responsabilité par la fourniture de sa carte d'assurance et par sa version des faits.
Il ne faut surtout pas qu'Ovide Pub fournisse à l'assureur cette preuve car par ailleurs il n'établit pas les circonstances de l'accident. Le courrier doit simplement rappeler que la soit-disant victime ne faisant état d'aucun dommage, sa responsabilité ne peut être recherchée. Par ailleurs, aucun accident de la circulation n'a impliqué le véhicule d'Ovide Pub le jour indiqué par l'assureur. Et l'assureur ne rapporte pas les circonstances de l'accident qu'il invoque.

Première partie

1 • Donnez la définition de la mobilisation de créance. L'escompte en est-il une modalité ?

RÉPONSE ATTENDUE

La mobilisation des créances permet à une entreprise d'obtenir de la trésorerie en échange de ces créances. **C'est un procédé juridique qui permet au commerçant de céder les créances** qu'il a sur ses clients à un tiers dont il est le débiteur ou à un banquier. Il existe deux modalités : l'escompte et la cession des créances professionnelles.

L'escompte est un des moyens courant pour mobiliser des effets de commerce. L'escompte est l'opération par laquelle le possesseur d'un effet de commerce cède par endossement cet effet, avant son échéance, à un banquier. Celui-ci versera la valeur nominale au cédant (encore appelé remettant, endosseur ou tireur) sous déduction d'une somme variable suivant le montant et le temps restant à courir, et représentant la rémunération du crédit accordé.

Les titres escomptables sont les lettres de change et les billets à ordre.

Dans le cadre d'opérations régulières entre l'établissement de crédit et son client, l'escompte se pratique au moyen d'une convention de crédit d'escompte. Aux termes de cette convention, le banquier s'engage à prendre en escompte les effets de commerce remis par l'entreprise jusqu'à une somme plafonnée déterminée à l'avance. La ligne d'escompte ainsi fixée représente l'encours maximum que l'entreprise peut utiliser. Lorsqu'une ligne d'escompte a été ouverte, le banquier doit escompter les titres en fonction des engagements pris dans cette convention. Il reste cependant libre de refuser les effets qui lui sont présentés.

- La banque refuse l'escompte des effets de commerce au-delà du plafond contractuellement prévu.
- Elle garde la possibilité de refuser d'escompter un effet de commerce dont elle pense que le tiré, client de l'entreprise, n'offre pas toutes les garanties de paiement.

La banque doit refuser l'effet à escompter lorsqu'il présente les caractéristiques d'un effet de complaisance ne correspondant pas à aucune prestation. **Les effets de complaisance** sont des effets de commerce que l'une des parties signe (bien qu'elle ne doive rien à l'autre partie) uniquement pour permettre à cette dernière de faire escompter les effets ainsi créés par son banquier et de se procurer ainsi du crédit.

Deuxième partie

2 • Qu'est ce que l'acceptation d'une lettre de change ? Le banquier peut-il se retourner contre Ovide Pub et contre-passer la lettre de change ?

Analyse de la question

Il s'agit là d'une question technique qui vise à vérifier les connaissances du candidat au DCG en matière d'effet de commerce et de droit cambiaire.

RÉPONSE ATTENDUE

L'acceptation d'une lettre de change est l'engagement cambiaire du tiré de payer à l'échéance le montant de la lettre de change tirée sur lui. Tant que la lettre de change n'a pas été acceptée par le tiré, celui-ci n'est pas tenu de la payer car il n'en est pas signataire, il n'a donc pas pris d'engagement.

Le banquier escompteur devient créancier cambiaire et bénéficie :

- de la solidarité de tous les signataires de la lettre de change (tireur, endosseur, tiré, etc.) ;
- de la transmission de la provision de la lettre de change ;
- de l'inopposabilité des exceptions.

À l'échéance, le banquier escompteur doit recevoir le montant qu'il a escompté du tiré de la lettre de change. À défaut, il donne avis du défaut de paiement au remettant (bénéficiaire ou endossataire de la lettre de change).

La banque a le choix entre deux procédures :

- **la contre-passation en compte avec perte des recours cambiaires.**
  La contre-passation est l'opération par laquelle le banquier qui avait crédité le compte du client lors de l'escompte d'un effet de commerce, passe l'écriture en sens inverse (c'est-à-dire au débit du compte) si l'effet revient impayé à l'échéance. Le client remettant paye ainsi son effet de commerce à la place du tiré au banquier.
  Le banquier perd ses recours contre le cédé et les éventuels endosseurs et avalistes.
- **le recours judiciaire avec l'exercice du droit cambiaire** (dans ce cas, l'impayé ne doit pas faire l'objet d'une contre-passation en compte).
  Le banquier exerce ses recours cambiaires en paiement de l'effet impayé contre les signataires de la lettre de change qui sont solidairement tenus du montant de l'effet impayé.

Application au cas

Le banquier ne peut pas à la fois contre-passer l'effet impayé et conserver ses recours cambiaires contre les signataires de la lettre de change, car cela reviendrait à se faire payer deux fois. Soit, Ovide Pub peut se retrouver débiteur de la lettre de change par la contre-passation. Il ne pourra plus être poursuivi comme signataire de la lettre de change.

Troisième partie

3 • Quels sont les avantages et les inconvénients du crédit-bail par rapport à l'achat direct d'un bien pour l'entreprise ?

RÉPONSE ATTENDUE

Définition du crédit-bail : une personne, physique ou morale appelée le locataire ou crédit preneur, désirant effectuer un investissement d'équipement passe avec une société financière spécialisée appelée crédit-bailleur un contrat aux termes duquel cette société achète et éventuellement importe le matériel choisi par l'utilisateur aux conditions techniques et aux prix débattus par celui-ci avec le fournisseur de son choix. Ce matériel, directement livré et mis en place chez l'utilisateur, lui est loué par la société de crédit-bail pour une durée déterminée à l'issue de laquelle l'entreprise locataire a la faculté de l'acquérir pour un prix fixé au contrat sensiblement égal à sa valeur résiduelle d'amortissement, c'est-à-dire généralement inférieur à sa valeur vénale en fin de contrat.

Les principaux avantages du crédit-bail :

- Il anticipe la formation de l'épargne en permettant aux entreprises de réaliser des investissements par prélèvement sur le budget d'exploitation.
- Il permet de réaliser des investissements sans que les financements correspondants pèsent sur le bilan ; le bien loué ne figure pas sur le bilan de l'entreprise locataire dans la mesure où il ne lui appartient pas, bien que la loi prévoie l'obligation de stipuler dans la rubrique « engagements hors bilan » de l'annexe, le montant restant à verser jusqu'à la fin du contrat de crédit-bail.
- Les apports en fonds propres exigés de l'entreprise sont réduits au versement éventuel d'un dépôt de garantie.
- Il entraîne peu d'ingérence directe ou indirecte du bailleur dans la conduite des affaires du locataire.
- Il n'exige pas de constitution de sûretés et nécessite en lui-même peu de formalités.
- Ces paiements peuvent, de plus, être déductibles des impôts.

Cette formule est intéressante pour renouveler des équipements chers et rapidement dépassés, ainsi que pour financer des projets immobiliers d'envergure (construction de supermarché).

Les inconvénients du crédit-bail :

- Le contrat passé correspond à un engagement définitif. Paiement des loyers à date fixe. En cas de défaillance, il faut restituer le bien et verser toutes les échéances encore dues jusqu'à la cessation du contrat.
- Il faut garder et entretenir le bien loué en bon père de famille et les coûts de maintenance peuvent être élevés.
- Les loyers sont élevés car la société financière qui a acheté le bien ne rentre dans ses fonds qu'au fur et à mesure du paiement des loyers et pour acheter ce bien, elle a dû emprunter sur le marché financier.

- Les biens financés dans ce type de contrat sont en général des biens standards et non pas des biens plus sophistiqués ou plus élaborés.
- Les garanties financières du (futur) locataire doivent être solides et très souvent le credit-bailleur demande le cautionnement de l'opération par le chef d'entreprise.

Quatrième partie

4 • Précisez le nom et les effets de la clause de l'article 10 du contrat de crédit-bail.

Analyse de la question

Il s'agit de montrer la rigueur de cette clause qui ne tolère aucun manquement à l'obligation de paiement du loyer.

RÉPONSE ATTENDUE

L'article 10 du contrat est appelé : clause résolutoire.

Les effets de la clause résolutoire :

- Le contrat sera résolu de plein droit si le débiteur ne paie pas son échéance un mois après une mise en demeure. Comme il s'agit d'un contrat à exécution successive il est anéanti pour l'avenir.
- Cela dispense le créancier d'une action en justice, à moins qu'il souhaite y recourir à la place de la résiliation automatique.
- Le débiteur ne pourra pas bénéficier de la protection du juge, en effet le juge saisi par le débiteur n'aura aucun pouvoir d'appréciation.

Le créancier qui ne bénéficie pas d'une clause résolutoire doit, en cas d'impayé, pour récupérer le bien loué, engager une action en résiliation du contrat de crédit-bail.
C'est une procédure longue et aléatoire car les juges apprécient souvent avec indulgence les manquements du débiteur, ne les considérant pas comme assez graves pour anéantir le contrat ou bien leur accordant des délais de grâce.

Cinquième partie

5 • Comment s'appelle la procédure qui consiste à trouver un accord amiable avec ses principaux créanciers comme le fait Marc avec son banquier ?

RÉPONSE ATTENDUE

Cette procédure qui consiste à rechercher un accord amiable avec les principaux créanciers de l'entreprise s'appelle la procédure de conciliation. Les conditions d'ouverture sont simples : le débiteur fait une demande écrite à ses principaux créanciers. L'entreprise doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible. Elle ne doit pas se trouver en cessation de paiement depuis moins de quarante-cinq jours.

- La **conciliation est amiable**, l'entreprise n'est pas placée sous la main de la Justice.
- L'accord avec les créanciers est prépondérant. L'homologation est possible par le tribunal pour lui donner force exécutoire.
- Les poursuites ne sont pas suspendues, un créancier pressé peut entraîner l'échec de la procédure par la survenance de la cessation de paiement. Si la conciliation échoue et qu'il n'y a pas cessation de paiement, il reste la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.
- Le débiteur reste à la tête de son affaire, il n'est pas dessaisi.
- Coût moindre, rapidité confidentialité.

6 • Que doit faire Marc pour permettre à son entreprise de surmonter cette passe difficile sous la protection de la justice ?

Analyse de la question

Il s'agit d'une question de cours sur la procédure de sauvegarde.

RÉPONSE ATTENDUE

Le bénéfice de cette procédure de sauvegarde se fait exclusivement à la demande du débiteur qui doit démontrer au tribunal de commerce ses difficultés de nature à le conduire à la cessation des paiements et son impossibilité à les surmonter.
Le tribunal prononce une ordonnance d'ouverture de la procédure de sauvegarde dans les mêmes conditions que pour le redressement judiciaire. Il fait ensuite procéder à un inventaire du patrimoine de la société et désigne les organes de la procédure. Dans la grande majorité des cas, le chef d'entreprise n'est pas dessaisi.
S'ouvre ensuite une période d'observation sous le contrôle d'un juge-commissaire chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure de sauvegarde pendant laquelle les contrats en cours sont maintenus, les poursuites individuelles de la plupart des créanciers sont suspendues, de même que le cours des intérêts. Les créances nées avant le jugement d'ouverture devront faire l'objet d'une déclaration, tandis que celles nées postérieurement devront être payées à échéance ou, à défaut, seront privilégiées si elles ont été utiles à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise.
Le débiteur élabore un projet de plan de sauvegarde de son entreprise qu'il présente à ses créanciers réunis en deux comités, l'un composé des établissements de crédits et l'autre des principaux fournisseurs de biens, dans les deux mois suivant la constitution de ces comités.
Les comités disposent, à compter de la transmission des propositions du débiteur, d'un délai de trente jours pour statuer.
Le vote s'effectue à la majorité des membres du comité représentant au moins deux tiers du montant des créances de l'ensemble des membres du comité.
Si le plan est adopté par les deux comités, avant d'homologuer le plan de sauvegarde, le tribunal vérifiera s'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée.
Si les acteurs de cette procédure ne respectent pas les délais impartis, si les comités refusent les propositions ou si le tribunal refuse ce plan, la procédure est reprise par des négociations individuelles avec chaque créancier ayant à nouveau trente jours pour répondre.
L'homologation du tribunal met un terme à la période d'observation et impose au débiteur de respecter le plan, d'une durée maximale de dix ans, sous le contrôle du juge-commissaire. Lorsque ce plan a été parfaitement respecté et s'est achevé après dix ans, le tribunal constate l'achèvement de la procédure.

Sixième partie

7 • Rédigez une fiche d'analyse de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 février 2008 ? (Annexe 4)

RÉPONSE ATTENDUE

Appelante : Madame A.
Intimé : le liquidateur de la société Pancree.
Procédure antérieure devant du tribunal de commerce assignation du liquidateur.
Prétentions de Mme A. : réformer le jugement antérieur qui la condamne à la faillite personnelle pour une durée de sept ans.
Problème de droit. Pouvoir souverain des juges pour le choix de la sanction applicable à un gérant non-diligent lors d'une procédure collective.
Les faits évoqués ne sont pas constitutifs de fraude mais de négligences aggravées.
Ils entraînent une interdiction de gérer et non plus une faillite personnelle par application de l'article L653-8 du code de commerce.
Décision : le jugement du tribunal de commerce est réformé et l'appelante est condamnée à une interdiction de gérer pour une durée de quatre ans.

8 • À quelles sanctions s'expose Marc si face aux difficultés de la société, il n'accomplit pas les formalités obligatoires et ne coopère pas avec les organes de la procédure ? (Annexes 2 et 3)

RÉPONSE ATTENDUE

L'article L653-5 prévoit que « en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ». Le dirigeant s'expose alors à une condamnation à une faillite personnelle.
Cependant, l'article L653-8 tempère la condamnation et prévoit pour les mêmes faits, ainsi que pour le défaut de déclaration de cessation de paiement, une condamnation à une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale…
La jurisprudence substitue l'interdiction de gérer à la faillite personnelle comme nous l'avons vu dans l'arrêt de la cour d'appel du 26 février 2008.

Application au cas
Marc n'accomplit plus les formalités nécessaires au bon déroulement de la procédure de sauvegarde il peut être passible d'une interdiction de gérer, il ne peut pas déléguer ses fonctions de gérant lors d'une procédure collective à sa comptable.

MODALITÉS D'ORGANISATION DES ÉPREUVES DU DIPLÔME DE COMPTABILITÉ ET DE GESTION ET DU DIPLÔME SUPÉRIEUR DE COMPTABILITÉ ET DE GESTION

Bulletin officiel - Hors-série n° 1 du 8 février 2007
A. du 22-12-2006. JO du 29-12-2006 – NOR : MENS0602770A
RLR : 431-8f – MEN - DGES B3-1

Vu D. n° 2002-482 du 8-4-2002 ; D. n° 2006-1706 du 22-12-2006 ; avis du CSE du 22-3-2006 ; avis de la commission consultative pour la formation professionnelle des experts-comptables du 28-3-2006 ; avis du CNESER du 24-4-2006

Article 1 - Le diplôme de comptabilité et de gestion (DCG) et le diplôme supérieur de comptabilité et de gestion (DSCG) prévus aux articles 1 et 5 du décret du 22 décembre 2006 susvisé sont respectivement délivrés aux candidats qui ont obtenu une moyenne générale au moins égale à 10 sur 20 à l'ensemble des épreuves constitutives de chacun de ces diplômes, sans note inférieure à 6 sur 20.
Les candidats qui n'ont pas rempli les conditions pour obtenir le diplôme conservent de façon définitive la note obtenue à chacune des épreuves pour lesquelles ils ont eu au moins 10 sur 20. Ils peuvent conserver la note obtenue aux épreuves pour lesquelles ils ont eu au moins 6 et moins de 10 pour compensation ultérieure ; la réinscription aux épreuves concernées annulera automatiquement cette note. Pour une session donnée, la moyenne générale est calculée en fonction des notes maintenues et de celles nouvellement acquises.
En ce qui concerne l'épreuve facultative de chacun des deux diplômes, seuls les points obtenus au-dessus de 10 sur 20 s'ajoutent au total des points servant au calcul de la moyenne générale, sous réserve d'avoir passé au moins quatre épreuves à un niveau de diplôme donné.

Article 2 - Les épreuves qui font l'objet d'une dispense en application des articles 3 et 7 du décret du 22 décembre 2006 susvisé ne sont pas prises en compte pour le calcul de la moyenne générale.

Article 3 - Les épreuves qui font l'objet d'une validation en application des articles 4 et 8 du décret du 22 décembre 2006 susvisé ne sont pas prises en compte pour le calcul de la moyenne.

Article 4 - Des crédits européens sont associés à chaque épreuve. Ils sont définitivement acquis dès lors que le candidat a obtenu une note au moins égale à 10 sur 20 à l'épreuve concernée.
Les dispenses d'épreuves obtenues en application des articles 3 et 7 du décret du 22 décembre 2006 susvisé ne confèrent pas les crédits européens correspondants.
La validation d'épreuves en application des articles 4 et 8 du décret du 22 décembre 2006 susvisé confère les crédits européens correspondants. L'obtention du diplôme de comptabilité et de gestion ou du diplôme supérieur de comptabilité et de gestion confère la totalité des crédits européens prévus pour le diplôme, soit respectivement 180 et 300 crédits européens.

Article 5 - Outre ceux visés à l'article 1 du décret du 22 décembre 2006 susvisé, les titres et diplômes qui permettent de se présenter aux épreuves du diplôme de comptabilité et de gestion sont les suivants :
- deux valeurs de cours du Conservatoire national des arts et métiers ;
- diplômes homologués niveau I, II, III ou IV figurant sur l'arrêté du 17 juin 1980 modifié fixant la liste d'homologation de titres et diplômes de l'enseignement technologique ;
- diplômes enregistrés aux niveaux I et II du répertoire national de certification professionnelle.

Article 6 - Toutes les épreuves écrites des deux diplômes objets du présent arrêté donnent lieu à une double correction et à une harmonisation des notes entre les deux correcteurs. En cas de désaccord entre correcteurs supérieur à quatre points, la copie sera soumise à une troisième correction afin de proposer une note qui se substitue aux deux précédentes.
La commission d'examen pour l'épreuve de «relations professionnelles» de chacun des deux diplômes est composée de deux membres : un enseignant et un professionnel.
La commission d'examen pour «l'épreuve orale d'économie se déroulant partiellement en anglais» du diplôme supérieur de comptabilité et de gestion est composée de trois enseignants dont un professeur d'anglais.

Article 7 - La nature, la durée et le coefficient de chacune des épreuves du diplôme de comptabilité et de gestion, ainsi que le nombre de crédits européens associés, sont fixés comme suit :

Épreuve n° 1 : introduction au droit
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 2 : droit des sociétés
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 3 : droit social
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 4 : droit fiscal
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 5 : économie
Nature : épreuve écrite portant sur une dissertation et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 18 crédits européens.

Épreuve n° 6 : finance d'entreprise
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques avec, le cas échéant, une ou des questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 7 : management
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou le commentaire d'un ou plusieurs documents et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 18 crédits européens.

Épreuve n° 8 : systèmes d'information de gestion
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou un ou plusieurs exercices et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 18 crédits européens.

Épreuve n° 9 : introduction à la comptabilité
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou un ou plusieurs exercices et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 10 : comptabilité approfondie
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou un ou plusieurs exercices et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 11 : contrôle de gestion
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'une ou de plusieurs situations pratiques et/ou un ou plusieurs exercices et/ou une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 18 crédits européens.

Épreuve n° 12 : anglais appliqué aux affaires
Nature : épreuve écrite pouvant comporter, à partir de documents fournis en anglais, la traduction d'une partie d'entre eux en français ou la rédaction d'un résumé ou d'une note ou de commentaires en anglais ou en français ou la rédaction en anglais d'un document à caractère commercial ou toute combinaison de plusieurs des exercices précédents.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 13 : relations professionnelles
Nature : épreuve orale de soutenance d'un rapport de stage dont la durée est d'au moins huit semaines ou d'un rapport portant sur une expérience professionnelle au moins équivalente.
Durée : 1 heure au maximum. / **Coefficient :** 1. / 12 crédits européens.

Épreuve n° 14 : épreuve facultative de langue étrangère
Nature : épreuve écrite pouvant comporter, à partir de documents fournis, rédigés en allemand, espagnol ou italien (au choix du candidat lors de l'inscription), la traduction d'une partie d'entre

eux en français ou la rédaction d'un résumé ou d'une note ou de commentaires dans l'une des trois langues précitées ou en français ou la rédaction d'un document à caractère commercial dans l'une des trois langues précitées ou toute combinaison de plusieurs des exercices précédents.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1.

Article 8 - La nature, la durée et le coefficient de chacune des épreuves du diplôme supérieur de comptabilité et de gestion, ainsi que le nombre de crédits européens associés, sont fixés comme suit :

Épreuve n° 1 : gestion juridique, fiscale et sociale
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 20 crédits européens.

Épreuve n° 2 : finance
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 15 crédits européens.

Épreuve n° 3 : management et contrôle de gestion
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 20 crédits européens.

Épreuve n° 4 : comptabilité et audit
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
Durée : 4 heures. / **Coefficient :** 1,5. / 20 crédits européens.

Épreuve n° 5 : management des systèmes d'information
Nature : épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1. / 15 crédits européens.

Épreuve n° 6 : épreuve orale d'économie se déroulant partiellement en anglais
Nature : épreuve orale.
Cette épreuve comporte une préparation de deux heures sans autres documents que ceux qui sont fournis avec le sujet. Les documents sont en anglais. La question à traiter est rédigée en français. Dans un premier temps, le candidat doit présenter en français l'exposé qu'il a préparé. Dans un second temps, un entretien est mené successivement en français et en anglais ; il porte sur le sujet et, le cas échéant, sur d'autres parties du programme de l'épreuve.
Durée : 1 heure maximum (exposé : 20 minutes maximum ; entretien en français : 20 minutes maximum ; entretien en anglais : 20 minutes maximum). / **Coefficient :** 1.
15 crédits européens.

Épreuve n° 7 : relations professionnelles
Nature : épreuve orale de soutenance d'un rapport de stage dont la durée est d'au moins douze semaines ou d'un rapport portant sur une expérience professionnelle au moins équivalente.
Durée : 1 heure maximum. / **Coefficient :** 1. / 15 crédits européens.

Épreuve n° 8 : épreuve facultative
Épreuve facultative de langue étrangère
Nature : épreuve écrite pouvant comporter, à partir de documents fournis, rédigés en allemand, espagnol ou italien (au choix du candidat lors de l'inscription), la traduction d'une partie d'entre eux en français ou la rédaction d'un résumé ou d'une note ou de commentaires dans l'une des trois langues précitées ou en français ou la rédaction d'un document à caractère commercial dans l'une des trois langues précitées ou toute combinaison de plusieurs des exercices précédents.
Durée : 3 heures. / **Coefficient :** 1.

Article 9 - Les programmes des épreuves sanctionnées par le diplôme supérieur de gestion (DCG) et le diplôme supérieur de comptabilité et de gestion (DSCG) sont fixés conformément à l'annexe jointe au présent arrêté.

Article 10 - Les candidats ayant obtenu une note supérieure ou égale à 6 sur 20 et inférieure à 10 sur 20 à une ou plusieurs épreuves du diplôme préparatoire aux études comptables et financières, du diplôme d'études comptables et financières ou du diplôme d'études supérieures comptables et financières peuvent demander le report de chacune de ces notes sur les épreuves correspondantes du diplôme de comptabilité et de gestion ou du diplôme supérieur de comptabilité et de gestion, selon le tableau joint en annexe du décret susvisé.
Les candidats ayant obtenu une note supérieure ou égale à 10 sur 20 à une ou plusieurs des épreuves du diplôme préparatoire aux études comptables et financières, du diplôme d'études comptables et financières ou du diplôme d'études supérieures comptables et financières conservent chacune de ces notes pour les épreuves correspondantes du diplôme de comptabilité et de gestion ou du diplôme supérieur de comptabilité et de gestion, selon le tableau joint en annexe du décret susvisé.

Article 11 - Le directeur général des impôts et le directeur général de l'enseignement supérieur sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 22 décembre 2006
Le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche
Gilles de ROBIEN
Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie
Thierry BRETON

Objectif

DCG

Diplôme de Comptabilité et de Gestion

Épreuve 1

Introduction au DROIT

*Révisez tout le programme d'**introduction au DROIT** et préparez l'épreuve efficacement :*

- *les fiches : sur les savoirs et les techniques, soyez irréprochable !*
- *les exercices corrigés : situations pratiques, commentaires et questions... mettez-vous à l'épreuve !*

DANS LA MÊME COLLECTION :

- **Épreuve 2** DROIT des sociétés *(actualisé chaque année)*
- **Épreuve 3** DROIT social *(actualisé chaque année)*
- **Épreuve 4** DROIT fiscal *(actualisé chaque année)*
- **Épreuve 5** ÉCONOMIE
- **Épreuve 7** MANAGEMENT
- **Épreuve 9** Introduction à la COMPTABILITÉ
- **Épreuve 10** COMPTABILITÉ approfondie
- **Épreuve 11** Contrôle de GESTION
- **Épreuve 12** ANGLAIS appliqué aux affaires

TOP ACTUEL *Pour être performant, être Actuel c'est essentiel !*

…res titres de la collection

14/6

ISBN : 978-2

9 782011 460264

www.hachette-education.com

hachette SUPÉRIEUR

! VAMBACAS !